

L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE—L'ARTICLE 11(d) DE LA CHARTE CANADIENNE —UNE SOURCE D'INQUIÉTUDE PARTICULIÈREMENT POUR LES JUGES DES COURS INFÉRIEURES ET UNE SOURCE D'INTERROGATION POUR LES MEMBRES DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS.—À l'occasion de l'affaire *Valente c. La Reine*,¹ la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt qui, si ce n'est déjà fait, retiendra spécialement l'attention tout autant des juges des cours de justice que des membres des tribunaux administratifs appelés à exercer des fonctions judiciaires. Cette décision de la Cour suprême sera certes également analysée par les conseillers juridiques des autorités gouvernementales auxquelles l'on présente régulièrement, depuis quelques années surtout, des recommandations ayant pour objet d'améliorer l'indépendance judiciaire au Canada.²

Nous tenterons dans un premier temps de résumer les cinquante neuf pages de l'arrêt, rédigé par l'honorable juge Le Dain (*per curiam*). Résumer des notes parfois très nuancées, c'est à l'occasion choisir . . . Il s'agit là d'un inconvénient inhérent à un bref commentaire d'un texte portant sur un vaste sujet socio-politico-juridique. Dans une deuxième partie, nous prendrons la liberté de commenter succinctement cette importante décision de notre Haute Juridiction.

I. *Résumé de l'arrêt*

Après avoir rappelé l'essentiel des faits, nous esquisserons les motifs invoqués par le juge Le Dain à l'appui de sa conclusion.

¹ (1985), 1 C.S.E.B. 104, 64 N.R. 1 (C.S.C.).

² Sur le sujet de l'indépendance judiciaire, voir notamment: W.R. Lederman, *The Independence of the Judiciary* (1956), 34 R. du B. Can. 1139; J. Deschênes, *Maîtres chez eux. Une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux* (1981) (en collaboration avec C. Baar); F.L. Morton (éd.), *Laws, Politics and the Judicial Process in Canada* (1984); S. Shetreet et J. Deschênes (éds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985); Association du Barreau canadien, *L'indépendance de la magistrature au Canada* (1985), (rapport); Association du Barreau canadien, *La nomination des juges au Canada* (1985) (rapport); Barreau du Québec, *Rapport du Comité sur la nomination des juges et l'indépendance de la magistrature au Canada* (1986); G. Pépin, *L'indépendance*

A) *Les faits*

En décembre 1982, une personne accusée d'une infraction au Code de la route³ fait valoir en défense, devant le juge Sharpe de la Cour provinciale de l'Ontario, que celui-ci n'a pas la compétence de se saisir du litige: il n'est pas un "tribunal indépendant" au sens de l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés.⁴ Cet article porte que:

Tout inculpé a le droit: . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

S'estimant partie intéressée, le juge Sharpe décline juridiction afin de laisser une cour supérieure trancher cette question de droit. La Cour d'appel de l'Ontario fait en sorte de pouvoir intervenir. Le 15 février 1983, dans un jugement unanime, cette Cour conclut à l'absence de violation de l'article 11(d).⁵ Vers la même époque, des améliorations sont apportées à la législation et à la réglementation ontariennes, relatives au statut des juges de la Cour provinciale.

La Cour suprême accepte de se saisir du litige et entend l'appel les 9, 10 et 11 octobre 1984. Elle rend son jugement le 19 décembre 1985. Bien que la question constitutionnelle à laquelle il lui faut apporter une réponse fasse état de l'impartialité *et* de l'indépendance du tribunal, le juge Le Dain précise dès le début de ses notes que la Cour doit décider si, compte tenu des lacunes que l'accusé a décelées dans la législation et la réglementation provinciales et qu'il présente comme des "perceptions de dépendance", le juge Sharpe était, en décembre 1982, "un tribunal indépendant". Les changements subséquents apportés au statut des juges de la Cour provinciale peuvent tout au plus servir à décider de l'état actuel de cette question.

Le Cour suprême conclut que le juge Sharpe était indépendant, "au sens de l'article 11d)". Cependant, il existait dans la législation ontarienne, en décembre 1982, une disposition (nomination après l'âge de la retraite) incompatible avec cette notion d'indépendance; mais cette disposition n'était pas applicable au juge Sharpe. Comme la législation postérieure a remédié à cette lacune, on peut dire qu'aujourd'hui, de façon générale, les juges de la Cour provinciale de l'Ontario sont indépendants au sens de l'article 11(d).

judiciaire et l'indépendance des tribunaux au sens des articles 11 et 23 des Chartes canadienne et québécoise (1984), 44 R. du B. 901.

³ R.S.O. 1970, c. 202.

⁴ Loi constitutionnelle de 1982, Partie I.

⁵ *R. c. Valente*, (No. 2) (1983), 145 D.L.R. (3d) 452 (le juge en chef Howland, *per curiam*).

B) *Les motifs*

Les notes du juge Le Dain portent sur quatre thèmes: la notion d'indépendance sous l'article 11(d); la perception de la suffisance de cette indépendance; les conditions essentielles de cette indépendance; l'application au juge Sharpe de cette notion, de cette perception, de ces conditions. Le juge Le Dain traite cependant de façon simultanée des troisième et quatrième sujets; c'est en analysant la législation et la réglementation applicables au juge Sharpe qu'il dresse une liste des conditions essentielles. Nous estimons que les deux premiers sujets peuvent aussi être réunis de sorte que nous résumerons les propos du juge Le Dain sous deux titres: la notion de tribunal indépendant sous l'article 11(d) et les conditions essentielles de son existence, en l'espèce.

a) *La notion de tribunal indépendant, sous l'article 11(d)*

D'entrée de jeu, le juge Le Dain trace une frontière entre les concepts d'impartialité et d'indépendance. A son avis,⁶

L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme "impartial", . . . connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme "indépendant", à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

La notion d'attitude (état d'esprit), caractéristique du concept de l'impartialité, n'est donc pas étrangère à la notion d'indépendance; mais celle-ci—et c'est de la traditionnelle "indépendance judiciaire" dont il s'agit—se caractérise avant tout par un statut objectif approprié, ayant pour objet d'empêcher les interventions et les pressions des tiers sur l'exercice des fonctions judiciaires. Ce chevauchement de deux concepts théoriquement distincts— impartialité, indépendance—au sein même du second se manifeste aussi dans le passage suivant des notes du juge Le Dain:⁷

[C'est] la relation d'indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens ["primary meaning"] qu'il faut donner au terme "indépendant" de l'article 11d). Naturellement, on se préoccupe finalement de la manière dont un tribunal agira concrètement dans une espèce particulière, et un tribunal qui n'agit pas en toute indépendance ["that does not act in an independent manner"] ne saurait être considéré comme indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, quel que soit son statut objectif. Mais un tribunal dépourvu du statut objectif ou de la relation d'indépendance ne peut être considéré comme indépendant aux termes de l'al. 11d), quelle que soit la manière dont il paraît avoir agi dans une espèce particulière. C'est le statut objectif ou la relation d'indépendance judiciaire qui doit fournir l'assurance que le tribunal peut agir d'une manière indépendante et qu'il agira effectivement de cette manière.

⁶ *Supra*, note 1, à la p. 11 (N.R.).

⁷ *Ibid.*, aux pp. 14-15.

Toutefois, ce statut objectif, pierre d'angle de l'indépendance, ne concerne pas uniquement la personne du juge; il se préoccupe aussi de la cour à laquelle le juge a été nommé.⁸

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle [ou collective] de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant.

Après avoir ainsi opiné que l'article 11(d) fait renvoi à la notion d'indépendance judiciaire et que celle-ci exige avant tout qu'un statut juridique énonçant certaines garanties objectives soit octroyé tant au juge qu'au tribunal concernés, le juge Le Dain est conduit évidemment à préciser le contenu de ces garanties. Mais avant de ce faire, il ajoute un élément tout à fait particulier.

Si nous avons bien compris la pensée de la Cour—avec déférence, nous signalons qu'il s'agit là, à notre avis, des motifs les plus difficiles à saisir—le juge et le tribunal possèdent le statut d'indépendance requis par l'article 11(d) si c'est l'opinion que peut s'en faire une personne raisonnable et bien informée. Le juge Le Dain écrit:⁹

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11(d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

C'est pourquoi, au moment de s'interroger sur les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au sens de l'article 11(d), le juge Le Dain nuance sa question: quelles sont les conditions essentielles "qu'on peut raisonnablement percevoir comme telles"?¹⁰

⁸ *Ibid.*, aux pp. 13-14.

⁹ *Ibid.*, aux pp. 15-16.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 18.

b) *Les conditions essentielles de l'indépendance, sous l'article 11(d)*

Même si certains passages de l'arrêt peuvent donner l'impression que la Cour dresse une liste exhaustive des conditions objectives apparemment essentielles du statut juridique que postule l'article 11(d), d'autres observations, et c'est sans doute ce qu'il faut retenir, témoignent du fait que la Haute Juridiction entend faire ressortir *certaines conditions* en analysant la liste des griefs soumise, en défense, par les procureurs de l'accusé.¹¹ L'ambiguïté, à ce propos, provient peut-être du fait que le juge Le Dain consacre quelques pages à ce que nous allons appeler des observations générales sur l'indépendance judiciaire.

1. *Observations générales sur l'indépendance judiciaire*

La Cour signale à juste titre que la notion d'indépendance judiciaire est fort complexe et qu'elle fait l'objet d'études et de rapports détaillés qui témoignent de l'évolution de son contenu, encore que "[l]es opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable".¹² Cette diversité d'opinions permet au juge Le Dain de dissenter sur ce qu'il appelle la conception "idéale" de l'indépendance judiciaire. Par ailleurs, il observe que l'article 11(d) est susceptible de s'appliquer, en matière criminelle et pénale, à des institutions diverses, du Tribunal des juges de paix à la Cour suprême du Canada, en passant par les cours supérieures qui sont régies par les articles 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ces constatations conduisent la Cour à formuler la proposition suivante, autre passage clef de l'arrêt:¹³

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire [qui visent l'idéal] à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer.

La Cour dresse alors, compte tenu du dossier qui lui est soumis, une liste de conditions essentielles en prenant soin de vérifier si le juge Sharpe et la Cour provinciale les remplissaient en décembre 1982.

2. *Certaines conditions essentielles*

L'étude de la législation et de la réglementation applicables à la Cour provinciale et à ses juges, étude alimentée par le renvoi à d'autres lois et à

¹¹ Le juge Le Dain écrit d'ailleurs, *ibid.*, à la p. 15: "Il est donc nécessaire de rechercher ce qui doit être considéré, en rapport avec les diverses objections au statut des juges des cours provinciales, comme les conditions essentielles de l'indépendance . . .".

¹² *Ibid.*, à la p. 19.

¹³ *Ibid.*, aux pp. 19-20.

des analyses doctrinales sur l'indépendance judiciaire, permet au juge Le Dain de dégager trois conditions essentielles dont il définit le contenu, pour constater finalement que la législation ontarienne n'y porte pas ombrage, à une exception près.

i) *L'inamovibilité du juge*

L'inamovibilité est "la première des conditions essentielles pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*".¹⁴ Reste à savoir quels en sont les éléments essentiels, qu'il s'agisse d'une nomination jusqu'à la retraite, ou pour une durée fixe, ou même pour une charge *ad hoc*. Les voici.¹⁵

... que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge toute possibilité de se faire entendre ... L'essence de l'inamovibilité ... est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

Même si le juge Sharpe jouit effectivement de cette inamovibilité, la Cour suprême va néanmoins s'élever au passage contre une disposition de la législation ontarienne qui autorisait le gouvernement à renommer, d'année en année, selon son bon plaisir, un juge de la Cour provinciale qui avait atteint l'âge de la retraite et qui pouvait avoir besoin de cette nomination pour compléter le nombre d'années requis pour avoir droit à une pension. La Cour d'appel de l'Ontario avait donné son absolution à cette disposition pour le moins discutable, en faisant état du fait qu'il était de tradition que le gouvernement s'en remette, à ce sujet, à l'avis du juge en chef de la Cour provinciale. Le juge Le Dain, à fort juste titre, rédige quelques pages sur le rôle de la tradition en tant que garantie de l'indépendance judiciaire, afin d'en démontrer l'importance relative. Le législateur ontarien a remédié depuis à cette infraction à l'article 11(d), qui n'affectait pas toutefois le juge Sharpe.

ii) *La sécurité financière du juge*

Pour le juge Le Dain, la sécurité financière consiste dans le droit à un traitement, et "le cas échéant", à une pension assurés. Il n'est pas nécessaire que les montants soient fixés par le corps législatif, qu'ils grèvent le fonds consolidé du revenu, et qu'ils soient prévus dans une législation ou une réglementation propres aux cours de justice. Selon la Cour:¹⁶

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi [ou un règlement] et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 21.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 26.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 33.

iii) *Les questions administratives ayant directement un effet sur l'exercice des fonctions*

Poursuivant l'analyse de la législation et de la réglementation ontariennes, le juge Le Dain, qui n'a pas à se pencher en l'espèce sur la question de l'ingérence directe du gouvernement ou d'autres personnes dans le processus décisionnel des juges, se préoccupe toutefois des relations qui existent, sur le plan administratif, entre le juge Sharpe, ou plus précisément la cour dont il est membre, et les autorités gouvernementales (indépendance institutionnelle). On doit considérer comme une condition essentielle de l'indépendance,¹⁷

... le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice de fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection.

Le juge Le Dain place dans cette catégorie l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation des salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui s'occupe de ces domaines.

iv) *Le cas particulier du contrôle par l'exécutif de certains avantages consentis à des juges*

Le juge Le Dain dispose de façon expéditive des textes législatifs autorisant le gouvernement à octroyer à des juges des congés payés et non payés, l'autorisation de s'adonner à des activités extra-judiciaires, etc. Il écrit simplement:¹⁸

S'il peut être souhaitable que ces bénéfices ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, ... je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de la Cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

II. *Commentaires de l'arrêt*

Le sujet même de l'indépendance judiciaire est à ce point complexe¹⁹ qu'on ne peut au départ qu'éprouver de la sympathie pour le juge Le

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 42.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 45.

¹⁹ Voir *supra*, note 2. Consulter notamment S. Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, dans Shetreet et Deschênes, *op. cit.*, note 2, pp. 590-681.

Dain, appelé à rédiger le jugement de la Cour suprême. Cela dit, la lecture de ses notes nous suggère quelques observations générales.²⁰

La Cour suprême du Canada a décidé de voir dans les mots "tribunal indépendant", utilisés à l'article 11(d) de la Charte canadienne, un enchâssement, une constitutionnalisation, en matière criminelle et pénale, du principe de "l'indépendance judiciaire", dans le sens "traditionnel" de l'expression. Bien que le juge Le Dain n'en souffle mot, rappelons que la Haute Juridiction avait jugé en 1983, dans l'affaire *McEvoy*,²¹ que les articles 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867 avaient pour objet d'assurer l'indépendance, sans doute en toute matière, des juges des cours supérieures provinciales. L'arrêt *Valente* contient donc, d'une certaine façon, une seconde "déclaration d'indépendance" judiciaire, produit cette fois de l'interprétation d'un article reconnaissant des droits à un inculpé et non à des juges. Reste à savoir quels en sont cette fois les bénéficiaires, en matière pénale—et même civile (*infra*)—et quels en sont les éléments constitutifs. Les articles 96 à 100 de la Loi de 1867, que l'article 11 de la Charte ne saurait amender, continuent certes à s'appliquer aux "juges de 96" mais ces articles ne peuvent tout au plus que servir de source d'inspiration dans la recherche du sens de l'article 11(d), lequel vient s'ajouter au groupe de dispositions constitutionnelles relatives à l'indépendance judiciaire au Canada.

On peut évidemment se demander si la Cour suprême a eu raison d'affirmer, "ex cathedra", que l'article 11(d) reflète la valeur traditionnelle de l'indépendance judiciaire. Deux motifs l'y invitaient. Il s'agissait en l'espèce d'appliquer l'article 11(d) à un juge, membre d'une cour de justice. Par ailleurs, il est probable que cet article n'entre en scène qu'à l'occasion de poursuites pénales ou criminelles qui sont, sauf erreur de notre part, du ressort des cours de justice. Notons au passage qu'étant donné que la majorité des cours canadiennes oeuvrent à la fois en matière civile et pénale (criminelle), la déclaration d'indépendance que l'on trouve dans l'arrêt *Valente* produit indirectement des effets en matière civile; les juges de ces cours possèdent le même statut, qu'ils siègent en matière civile ou pénale (criminelle) et l'on voit mal d'ailleurs la Cour suprême, si les circonstances l'y conduisent, poser pour les cours de juridiction uniquement civile des conditions essentielles d'indépendance différentes de celles exigées en matière pénale (criminelle).

²⁰ Nous ne reprendrons pas, par exemple, certaines observations d'ordre constitutionnel sur l'indépendance judiciaire, observations que nous avons formulées dans une chronique antérieure; voir *loc. cit.*, note 2.

²¹ *McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704. Dans cet arrêt, la Cour n'a pas jugé à propos de signaler qu'elle a assigné une autre fin, dans un autre arrêt, aux articles 96 à 100: assurer l'unité de juridiction au Canada. Voir le *Renvoi relatif à la Loi [ontarienne] de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

D'autres motifs auraient pu inciter la Cour suprême à opter pour une conception "sui generis" de la notion de tribunal indépendant, sous l'article 11(d). Bien que le juge Le Dain n'en fasse point mention, il faut rappeler qu'à la différence des articles 96 à 100 de la Loi de 1867, l'article 11(d) de la Charte est susceptible de faire l'objet d'une loi "non obstante" sous l'article 33, et de limites raisonnables sous l'article 1; les assises juridiques de la seconde déclaration d'indépendance (*Valente*) sont donc moins solides que celles de la première (*McEvoy*) même si le récent arrêt *La Reine c. Oakes*²² témoigne du fait que d'éventuelles limites à l'article 11(d) auront du mal à passer au crible de l'article 1. Mais la conception "sui generis" aurait été surtout utile dans l'éventualité où la Cour serait un jour obligée d'appliquer cette notion de "tribunal indépendant" à d'autres qu'à des juges ou à des cours de justice, ce qui nous semble devoir se produire.

On sait que la Cour suprême a décidé, en décembre dernier, deux jours avant l'arrêt *Valente*, que l'article 11 de la Charte n'était en somme qu'une sorte de démembrement de l'article 7.²³ Cet article porte que:

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Avec l'appui de la majorité de ses collègues, le juge Lamer observe dans cet arrêt *Motor Vehicle Act* que:²⁴

... les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au "droit" à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'article 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'article 7. Il serait absurde d'interpréter l'article 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux articles 8 à 14.

Il est probable que la Cour suprême reconnaîtra que certaines décisions judiciaires (et quasi judiciaires?) prises en matière civile et concernant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peuvent être adoptées que par un "tribunal indépendant", que ces décisions soient le fait d'une cour de justice ou d'une institution autre, tel un tribunal administratif. L'application, à des institutions autres que les cours de justice, des conditions essentielles de la traditionnelle indépendance judiciaire deviendra alors une entreprise pour le moins délicate, à moins que l'article 7 n'engendre un interdit de déléguer certaines fonctions judiciaires (et quasi judiciaires?) à des institutions autres que les cours de justice; mais

²² (1986), 2 C.S.E.B. 10, 65 N.R. 87. Sur la portée de l'article 33, il faut attendre le jugement de la Cour suprême sur l'arrêt *Alliance des professeurs de Montréal c. A.G. of Quebec* (1986), 21 D.L.R. (4th) 354 (Que. C.A.).

²³ *Renvoi relatif au paragraphe 94 (2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288* (1985), 63 N.R. 266 (C.S.C.).

²⁴ *Ibid.*, à la p. 276 (nous utilisons le texte français du jugement et non le texte apparaissant dans le N.R.).

l'article 7 ouvrira alors un nouveau terrain d'exercice aux cogitations d'ordre cosmique entourant la notion de "court", une notion qui faisait dire, il y a quelques années, à un savant juge de la House of Lords:²⁵

At the end of the day it has unfortunately to be said that there emerges no sure guide, no unmistakable hall-mark by which a "court" or "inferior court" may unerringly be identified. It is largely a matter of impression.

Le juge Le Dain a certainement vu ce problème, même s'il ne l'a pas signalé (ce qu'il n'était pas dans l'obligation de faire). D'une part, il ne cesse de répéter dans ses notes qu'il est à définir l'indépendance judiciaire "au sens de l'article 11d)". D'autre part, insistant sur le fait indéniable que cet article est susceptible de s'appliquer en matière pénale (criminelle) à des juges possédant un statut juridique différent—du Tribunal des juges de paix à la Cour suprême du Canada en passant par les cours supérieures provinciales—il réduit au minimum les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire que le dossier lui demande d'énoncer. Il laisse de côté, non sans quelques bons mots d'encouragement, les écrits de ceux qui ont une conception "idéale" de l'indépendance judiciaire. Le juge Le Dain miniaturise la traditionnelle notion d'indépendance judiciaire, pour les fins de l'article 11(d), réduisant d'autant les difficultés que son application pourrait engendrer et sous l'article 11 (juges de paix) et sous l'article 7. Seule l'essence (minimale) de l'indépendance judiciaire est constitutionnalisée.

Cette "capetis diminutio", cette approche "essentialiste", réussira-t-elle à rendre la notion transposable sous l'article 7? La Cour pourrait-elle, au besoin, logiquement moduler à la baisse les "conditions essentielles" de l'indépendance, une fois mise en présence par exemple d'une commission ou d'un ministre habilité à prendre une décision visée par l'article 7? Le recours à l'article 1 sera-t-il le moyen judiciaire de se sortir d'une éventuelle impasse? L'article 7, par l'article 11(d) interposé, est-il appelé à devenir la source d'un contentieux aussi riche (?) que celui engendré par l'article 96 de la Loi de 1867?

Quel est dans tout cela le rôle précis de cette personne "raisonnable et bien informée", à qui il revient, dit-on, de percevoir la suffisance apparente du statut objectif d'indépendance?

Le juge Le Dain présente d'emblée la règle de l'impartialité comme une sorte de composante "spirituelle" (état d'esprit) de l'indépendance judiciaire traditionnelle; on en conclut que la notion d'indépendance possède un sens large (impartialité et statut objectif) et un sens restreint (statut objectif). Après avoir établi cette relation entre les deux facettes de l'indépendance judiciaire, la Cour estime logique de faire fictivement appel, dans un cas comme dans l'autre, aux bons services d'un tiers pour apprê-

²⁵ *Attorney-General c. British Broadcasting Corporation*, [1980] 3 W.L.R. 109, à la p. 127, [1980] 3 All E.R. 161, à la p. 175 (Lord Edmund-Davies).

cier tant l'apparente suffisance de l'appréhension de partialité que l'apparente suffisance des garanties objectives d'indépendance personnelle et institutionnelle. Cette logique n'a rien pour séduire et il faut d'ailleurs voir, à la lecture de l'ensemble des notes du juge Le Dain, combien ce tiers sert tout au plus de paravent symbolique dans la recherche des conditions essentielles et objectives. D'ailleurs, si la Cour suprême s'en était remis à lui pour apprécier les apparences, et dans la mesure où il est vrai que ce tiers doit non seulement être raisonnable mais aussi bien informé,²⁶ on peut penser que la lecture des ouvrages de doctrine sur l'indépendance judiciaire l'aurait peut-être conduit à se montrer plus exigeant, au chapitre des conditions essentielles, que ne l'a été le juge Le Dain, très soucieux de faire preuve de réalisme et de "prévenir les coups". Le tiers raisonnable joue un rôle pour le moins ambigu. Lorsqu'il s'agit d'impartialité, son intervention (fictive) a pour effet de maximiser la portée de la règle, faisant de cette dernière un fleuron de la justice naturelle; lorsqu'il s'agit d'indépendance, son intervention conduit à une miniaturisation de la règle. Les deux facettes de l'indépendance—d'état d'esprit, le statut objectif—ne sont pas jaugées de la même façon.

Le tiers raisonnable est certes plus à son aise lorsqu'il lui faut apprécier l'état d'esprit apparent de décideurs qu'il s'agisse de juges, de ministres, de tribunaux administratifs, de fonctionnaires, *etc.* L'arrêt *Valente* ne doit pas nous faire oublier que la règle de l'impartialité ne chevauche pas toujours la règle de l'indépendance; il n'y a pas que les juges qui doivent la respecter.

La Cour suprême n'a certes pas dressé, dans son arrêt, une liste exhaustive des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. D'autres litiges la conduiront à analyser d'autres textes et à parfaire sa liste.²⁷ Ainsi, par exemple, le jour même où elle faisait connaître sa décision dans l'affaire *Valente*, la Cour se prononçait aussi sur l'affaire *Morier c. Rivard*,²⁸ relative à l'octroi à des commissaires-enquêteurs de l'immunité civile des juges des cours supérieures. La Cour n'a pas estimé nécessaire, à cette occasion, de reconnaître expressément que cette immunité, qui prend sa source dans la *common law*, possède un caractère absolu. Une question vient à l'esprit. L'immunité civile est-elle une condition de l'indépendance judiciaire et, dans l'affirmative, suffit-il, pour l'essentiel, qu'elle soit relative ou doit-elle être nécessairement absolue?

Bien qu'il ne s'agisse que d'un *obiter*, il nous semble que le juge Le Dain est d'avis que la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale, toutes

²⁶ Cette seconde exigence ne nous semble pas conforme à l'opinion majoritaire formulée par la Cour suprême dans l'affaire *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

²⁷ Voir Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, dans Shetreet et Deschênes, *op. cit.*, note 2.

²⁸ (1985), 1 C.S.E.B. 109, 64 N.R. 46 (C.S.C.).

deux établies sous l'autorité de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, ne sont pas des cours supérieures visées par les articles 96 à 100 de cette même Loi.²⁹ C'est là également notre opinion mais tous les juristes ne sont pas de cet avis. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Addy c. The Queen in Right of Canada*,³⁰ un juge de la Cour fédérale a décidé que l'on ne pouvait obliger un collègue à prendre sa retraite à l'âge de 70 ans, tel que prévu par la Loi sur la Cour fédérale;³¹ à son avis, "the Federal Court is a superior court under s. 99(2)" de la Loi de 1867 et un juge de la Cour fédérale ne peut être contraint, en conséquence, de prendre sa retraite avant l'âge de 75 ans. Cet expansionnisme cadre mal avec "l'essentialisme" de l'arrêt *Valente*.

Au Québec, l'arrêt *Valente* sera certes la source de difficultés lorsqu'il s'agira d'interpréter et d'appliquer l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne,³² un texte que l'on qualifie souvent de "quasi constitutionnel". L'article 23, dont la portée n'est pas limitée aux affaires pénales, se lit en partie comme suit:

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Il saute aux yeux que l'arrêt *Valente* ne pourra être automatiquement transposé quand on prend connaissance de l'article 56(1) qui veut que l'article 23 soit destiné à s'appliquer à des institutions qui ne possèdent certes pas les attributs essentiels de l'indépendance judiciaire, tel un ministre. L'article 56(1) donne en effet du mot "tribunal" la définition suivante:

Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, le mot "tribunal" inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires.

En terre québécoise, l'expression "tribunal indépendant" est donc susceptible d'avoir deux sens différents: celui des articles 11(d) et 7 de la Charte canadienne—à supposer que ces deux articles ne soient pas eux-mêmes à l'origine de deux conceptions différentes—et celui de l'article 23 de la Charte du Québec. Cela ne facilitera pas l'élaboration des règles relatives à la coexistence de ces deux articles, même si en cas de conflit, les textes constitutionnels l'emporteront évidemment sur les dispositions quasi constitutionnelles. Soulignons que l'article 23 ne peut faire l'objet de limites raisonnables; mais une loi "nonobstant" explicite peut, selon l'article 52 de la Charte québécoise, lui apporter des dérogations.

²⁹ Pp. 27 et 28 du jugement.

³⁰ (1986), 22 D.L.R. (4th) 52.

³¹ S.R.C. 1970, 2è Supp., c. 10.

³² L.R.Q., c. C-12.

L'arrêt *Valente* aura peut-être déçu nombre de juges, même ceux qui bénéficient des garanties constitutionnelles prescrites par les articles 96 à 100 de la Loi de 1867; ils n'auront pas apprécié la théorie de "l'essentialisme" et ils auront peut-être appris avec surprise que l'indépendance judiciaire est une question d'apparence même si elle postule l'existence d'un statut minimum objectif. Ces juges se demanderont si l'arrêt *Valente* n'annonce pas déjà peut-être le contenu du prochain arrêt *Beauregard*,³³ relatif aux garanties qui découlent de l'article 100 de la Loi de 1867, en ce qui concerne les traitement et pension des juges des cours supérieures provinciales. Quant aux membres des tribunaux administratifs, il leur faudra se préoccuper des effets possibles de l'arrêt *Valente* sur leur statut juridique actuel, s'ils sont appelés à prendre des décisions judiciaires (et quasi judiciaires?) visées par l'article 7 de la Charte canadienne et s'ils ont mission de prendre des décisions judiciaires (et quasi judiciaires) entrant dans la cadre de l'article 23 de la Charte du Québec. Bien des procès pointent à l'horizon.

L'arrêt *Valente* posait à la Cour suprême un problème cosmique. Elle l'a résolu de façon pragmatique en essayant de réduire le plus possible le nombre de litiges qu'engendreront les articles 11(d) et 7 de la Charte canadienne et, il faut l'ajouter, l'article 23 de la Charte du Québec. La Cour pourra toujours répondre à ceux qui critiquent ses jugements que ce n'est pas elle qui a édicté ces textes qu'il lui faut bien faire respecter, même si le "législateur" n'a fort probablement pas apprécié à leur juste valeur leurs difficultés de mise en oeuvre.

GILLES PÉPIN*

* * *

DAMAGES—PERSONAL INJURIES—NON-PECUNIARY DAMAGES—UNAWARE PLAINTIFF AND THE FUNCTIONAL APPROACH.—Not for the first time our system of compensation for the victims of negligence is presently the subject of widespread public criticism. On this occasion it is the difficulties being faced by a variety of private and public bodies in obtaining liability insurance coverage that has brought the discussion to the fore. Large damages awards have been blamed as a source of the current difficulties, and insurers have begun to refer to at least one Canadian province—Ontario—as the "California of the North" because of what is

³³ *Beauregard c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 1010, (1983), 148 D.L.R. (3d) 205 (C.A. Féd.).

* Gilles Pépin, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

perceived as an excessive generosity on the part of the courts in that province with such awards.

From time to time the courts themselves have responded to wayward trends by attempting to lay down guidelines to ensure a greater consistency and certainty in the assessment of damages. The "trilogy" of decisions handed down by the Supreme Court of Canada in 1978¹ is the best known example of judicial legislation in the area of personal injuries damages. In those decisions the Supreme Court imposed, *inter alia*, a ceiling on awards for non-pecuniary damages of \$100,000 at 1978 prices, and stated that the appropriate test of quantifying non-pecuniary losses was the application of a "functional" approach. Under the functional approach, the non-pecuniary award is restricted to an amount of money that may serve a useful function in providing "solace" to an injured or disabled victim so as to ameliorate his or her condition. Thus, theoretically, if no amount of money could fulfill such a function, a court should make a zero award.

Some recent decisions of courts in British Columbia and Ontario, the principal of which was *Knutson v. Farr*,² have exposed the fallability of the functional approach in the case of the "unaware" plaintiff: the victim of negligence who has sustained the most devastating injuries still consistent with the maintenance of life, who is biologically alive, but permanently unconscious or unaware of his or her condition. The decisions well illustrate the continuing intellectual and emotional struggle that the courts experience in determining whether to award non-pecuniary damages to such persons, and if so how to assess the quantum of those awards.

Background to the Functional Approach

Prior to the "trilogy" decisions, Canadian courts had adopted a different basis of assessment for non-pecuniary damages, known as the "conceptual approach". This approach was (and in England continues to be) applied to that element of non-pecuniary damages that represented the loss of amenities sustained by a personal injuries victim. Under a conceptual approach, quantification of these damages is undertaken objectively.

The plaintiff's life, his faculties, his capacity for enjoying life are all "valuable" personal assets, akin to his house, his shares or his china vase. To deprive him of one or more of these assets is to deprive him of something to which he has a "proprietary right".³

¹ The three "trilogy" cases were: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, (1978), 83 D.L.R. (3d) 452, [1978] 1 W.W.R. 577; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, (1978), 83 D.L.R. (3d) 609; *Thornton v. Prince George Board of School Trustees*, [1978] 2 S.C.R. 267, (1978), 83 D.L.R. (3d) 480, [1978] 1 W.W.R. 607.

² [1984] 5 W.W.R. 315, 55 B.C.L.R. 145 (B.C.C.A.), allowing an appeal from [1982] 5 W.W.R. 114, 38 B.C.L.R. 291 (B.C.S.C.).

³ A.I. Ogus, *Damages for Lost Amenities: For a Foot, a Feeling or a Function?* (1972), 35 Mod. L. Rev. 1, at p. 2.

When applied to the situation of an unaware plaintiff, the unconsciousness will be held not to eliminate "the actuality of the deprivation of the ordinary experiences of life", nor will the court consider the use to which the award is to be put.⁴

Non-pecuniary damages have traditionally included amounts representing pain and suffering undergone by a victim, the loss of amenities resulting from an injury, and any consequent loss of expectation of life.⁵ Each category is an element in what is a single, once-and-for-all global award. While the courts continue to refer to these conventional categories, it has recently been suggested that the cornerstone of non-pecuniary damages being mental distress, the conventional categories are at best a non-exhaustive range of possible suffering.⁶

The courts have always accepted that the "pain and suffering" element of an award should be assessed on a subjective basis; thus an award will depend on a victim's personal awareness of pain and an ability to experience it, and upon a victim's capacity for suffering. The words "pain" and "suffering" are viewed as synonymous in their meaning, and embody all the manifold emotional distress experienced by a plaintiff as a result of an injury. Consequently, if a victim is unaware or oblivious to the experience, and unable to feel distress at his or her own predicament, no damages can be awarded under this head. It appears to be of no significance whether the victim's unawareness is a natural phenomenon or the product of painkilling drugs. In none of the cases does there appear to have been a serious consideration of the internalized pain and suffering experienced by the unaware plaintiff where no externally observable demonstration of pain and suffering is forthcoming.

It has been the "loss of amenities" element of the non-pecuniary award that has given the courts the most difficulties. The independent existence of loss of amenities as a "head" of damages, with its objective standard for assessment, never sat comfortably with the subjective standard applied to pain and suffering. The clash between the two tests came in two English cases involving unaware plaintiffs, or as McGregor has termed them, "living vegetables".⁷

In the first, *Wise v. Kaye*,⁸ the Court of Appeal was faced with the assessment of damages for a twenty year old woman rendered perma-

⁴ See Lord Scarman in *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority*, [1980] A.C. 175, at p. 188, [1979] 2 All E.R. 910, at pp. 918-919 (H.L.).

⁵ In England the "category" for loss of expectation of life has been removed by s. 4 Administration of Justice Act 1982, c. 54, while in Canada it retains very limited significance.

⁶ K. Cooper-Stephenson and I. Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), pp. 350-351.

⁷ Harvey McGregor, *McGregor on Damages* (14th ed., 1980), para. 1220.

⁸ [1962] 1 Q.B. 638, [1962] 1 All E.R. 257 (C.A.).

nently unconscious in an automobile accident. The expectation of the specialist attending her was that there was no prospect of her recovery, and that she would die at some unspecified time in the future of an "intercurrent complaint". It was "doubtful" if she had suffered any pain. By a majority, the Court of Appeal upheld the trial judge's award of £15,000 for general damages. Sellers L.J. refused to, in effect, "treat the injured party as if she were dead",⁹ and argued that the inner world or "the soul" of a person was not properly a matter for investigation by the court in assessing an award to a living person.¹⁰ In his dissent, Diplock L.J. urged a subjective consideration of the victim's loss, which would involve an assessment of his or her happiness. This method of evaluating the non-pecuniary award has been tagged the "personal approach".¹¹ It represents a move towards the functional approach by questioning the purpose of awarding "full" damages to an individual whose happiness or comfort cannot be mitigated by an award of additional money.¹²

Wise v. Kaye was followed, again by a bare majority, by the House of Lords in *H. West & Son, Ltd. and Another v. Shephard*.¹³ The forty-one year old female plaintiff had been knocked down by a truck and had sustained severe head injuries resulting in cerebral atrophy and paralysis of all her limbs. Her life expectancy had been reduced to about five years and she was conscious only to the "slight extent" of a very limited appreciation of her surroundings. She appeared to suffer no pain, and her continued existence rested on a maintenance of close medical and nursing care. Lord Pearce was scathing in his criticism of the personal approach:¹⁴

It would be lamentable if the trial of a personal injury claim put a premium on protestations of misery and if a long face was the only safe passport to a large award.

The trial judge's award of general damages of £17,500 was upheld. Lord Morris explained that in reaching that figure the judge properly approached some matters on an objective basis (loss of amenities) and others subjectively (the "agony and frustration" of the victim being unable to convey her thoughts and the "torment of a realisation of her helplessness").¹⁵

⁹ *Ibid.*, at pp. 654 (Q.B.), 265 (All E.R.).

¹⁰ *Ibid.*, at pp. 650 (Q.B.), 263 (All E.R.).

¹¹ Ogus, *loc. cit.*, footnote 3, at p. 3.

¹² Cooper-Stephenson and Saunders, *op. cit.*, footnote 6, p. 344, distinguish the "personal" and "functional" approaches:

The personal approach rightly emphasises the victim's feelings but wrongly attempts to evaluate loss of happiness. Rather, damages should be awarded only if they can be used to purchase a measure of consolation.

¹³ [1964] A.C. 326, [1963] 2 All E.R. 625 (H.L.).

¹⁴ *Ibid.*, at pp. 368-369 (A.C.), 645 (All E.R.).

¹⁵ *Ibid.*, at pp. 350-351 (A.C.), 634 (All E.R.).

It was an Australian case, *Skelton v. Collins*,¹⁶ in 1966, that established a functional basis for non-pecuniary damages. In an often referred to part of his judgment, Windeyer J. states the rationale for declining to follow the initial authorities:¹⁷

I am unable myself to understand how monetary compensation for the deprivation of the ability to live out life with faculties of mind and body unimpaired can be based upon an evaluation of a thing lost. It must surely be based upon solace for a condition created not upon payment for something taken away.

Just six weeks after the decision of the High Court of Australia in *Skelton v. Collins*, the Supreme Court of Canada gave its opinion in the case of *The Queen v. Jennings*.¹⁸ Mr. Jennings, a fifty-two year old graduate engineer, was rendered totally and permanently unconscious by a car accident. He had suffered no apparent pain, and his life was sustained by "very meticulous care". At trial the doctor supervising his care was unable to give any firm estimate of the victim's life expectancy. Barring "accidents" he may have lived out his normal life span. Cartwright J., affirming an award for loss of amenities made by the Ontario Court of Appeal, applied *Wise v. Kaye* and *West v. Shephard* in holding that such damages were not to be refused by reason of the fact that the injured person was unconscious and unaware of his condition.¹⁹ It should be noted that the trial judge had ascribed only two thousand dollars for loss of amenities out of a total award to the plaintiff personally of \$145,000, a sum which Cartwright J. regarded as "very much too low".²⁰ The global assessment was increased on appeal to \$180,000.

For a further decade, courts in England, Scotland and Canada continued to apply the conceptual approach, with marked variations of enthusiasm.²¹ An important development came with the publication in 1978 of the Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury²² (the "Pearson Commission") in England. Among many far-reaching reforms proposed by the Commission was the recommendation that non-pecuniary damages should no longer be available for permanent unconsciousness.²³ Lord Denning M.R. was quick to endorse that recommendation in his dissenting judgment in the Court of

¹⁶ (1966), 115 C.L.R. 94, 39 A.L.J.R. 480 (Aust. H.C.).

¹⁷ *Ibid.*, at pp. 130 (C.L.R.), 495 (A.L.J.R.).

¹⁸ [1966] S.C.R. 532, (1966), 57 D.L.R. (2d) 644, affirming (1965), 50 D.L.R. (2d) 385, [1965] O.R. 285 (Ont. C.A.).

¹⁹ *Ibid.*, at pp. 542 (S.C.R.), 652-653 (D.L.R.).

²⁰ *Ibid.*, at pp. 542 (S.C.R.), 652 (D.L.R.).

²¹ See, e.g., *Andrews v. Freeborough*, [1967] 1 Q.B. 1, [1966] 2 All E.R. 721 (C.A.). Willmer L.J. expressed obvious frustration at being unable to follow the Australian High Court's lead in *Skelton v. Collins*, decided two months previously.

²² H.M.S.O., Cmnd. 7054 (1978).

²³ *Ibid.*, para. 389.

Appeal in *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority*,²⁴ adding that it should apply not only to the "unconscious" plaintiff, but to an "insensible" victim,²⁵ such as the plaintiff in that case, a thirty-six year old senior psychiatric resident physician working in London, who had been reduced in a surgical accident to a "helpless invalid", only "intermittently sentient" and "so intellectually impaired that she does not appreciate what has happened to her".²⁶ The majority upheld the interest-adjusted non-pecuniary award of £25,930 made by the trial judge. The House of Lords affirmed the decision of the majority.²⁷

The Trilogy and Functional Approach

One suspects that Lord Denning M.R. would have found common cause with the Supreme Court of Canada's decisions in the trilogy on the matter of functional awards. In one of the trilogy, *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*,²⁸ Dickson J. surveyed the three theoretical approaches to the problem of non-pecuniary loss first identified by Ogus.²⁹ He concluded that a functional approach which attempted to provide an injured person "with reasonable solace for his misfortune" was the correct approach for the courts to adopt. "Solace", Dickson J. explained, for the purposes of a functional analysis, is not to be measured as a token of sympathy for the victim, but instead represents the physical arrangements that can be made to make a victim's life more bearable. In dealing with the entire compensatory package to be awarded in the trilogy cases, the Supreme Court, wishing to ensure (so far as possible) that the victims would have sufficient funds to be properly cared for in reasonable comfort for the remainder of their lives, combined a functional approach to the non-pecuniary award and the pecuniary head of cost of future care, and an application of the concept of "full" compensation in respect of the remaining pecuniary losses (principally loss of future earnings).³⁰

The Supreme Court, mindful of very high awards being made in the United States, established in the trilogy, a "rough upper limit" for the non-pecuniary award of \$100,000. Dickson J. explained in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*³¹ that the imposition of an upper limit could be

²⁴ [1979] Q.B. 196, [1979] 1 All E.R. 332 (Q.B.D. and C.A.).

²⁵ *Ibid.*, at pp. 216 (Q.B.), 341 (All E.R.).

²⁶ *Ibid.*, per Bristow J., at pp. 201 (Q.B.), 335 (All E.R.).

²⁷ *Supra*, footnote 4.

²⁸ *Supra*, footnote 1.

²⁹ *Loc. cit.*, footnote 3, at pp. 2-3.

³⁰ See generally B.M. McLachlin, What Price Disability? (1981), 59 Can. Bar Rev. 1. In particular, McLachlin states that it could be argued that the trilogy decisions support the view that functional considerations should be paramount in assessing damages for all aspects of personal injury compensation.

³¹ *Supra*, footnote 1, at pp. 262 (S.C.R.), 477 (D.L.R.).

consistent with assessment of non-pecuniary damages on a functional basis, on the premise that once a person has already had their future care compensated and provided for, additional money to make life more endurable beyond the provision of assistance, facilities and equipment necessary and directly related to the plaintiff's injuries should not be a "large" amount. In *Lindal v. Lindal*³² the Supreme Court affirmed the principles for assessment enunciated in the trilogy.

None of the trilogy plaintiffs were unaware plaintiffs, a factor which enabled McKinnon J. at first instance in *Knutson v. Farr*³³ to conclude that *The Queen v. Jennings*³⁴ was still the governing authority when the subject matter of an award was "unaware". On the other hand, although the facts of the case did not require it, Dickson J., in his opinion in *Lindal*, did take the opportunity to make passing reference to the permanently unconscious plaintiff and the recommendation by the Pearson Commission that such persons should not receive a non-pecuniary award.³⁵

Knutson v. Farr

Dale Knutson was twenty-one years old when he sustained severe injuries in a car accident in October, 1979. Quite apart from multiple orthopedic injuries he suffered permanent and irreversible brain damage. At the time of trial in 1981 he had not regained consciousness, and the prognosis was that he never would. The defendant argued that Knutson should not recover damages for non-pecuniary loss because he was so insensitive to pain and suffering and because, adopting the functional approach, his life could not be made more endurable by any sum of money. McKinnon J. in the British Columbia Supreme Court disagreed.³⁶ Conceding that the unaware plaintiff could not recover damages for pain and suffering, the judge was still able to conclude that Knutson was entitled to damages for loss of amenities. The judge felt himself bound to regard the effect of the trilogy in respect to the unaware plaintiff as *obiter*, and decided to follow *The Queen v. Jennings*.³⁷ Taking the trilogy limit for non-pecuniary damages and adding an inflationary element which brought the total available to \$154,000, McKinnon J. arbitrarily assigned fifty per cent of that limit, that is \$77,000, to loss of amenities, and awarded that sum to the plaintiff.

³² [1981] 2 S.C.R. 629, [1982] 1 W.W.R. 433, (1981), 34 B.C.L.R. 273.

³³ *Supra*, footnote 2.

³⁴ *Supra*, footnote 18.

³⁵ *Supra*, footnote 32, at pp. 638-639 (S.C.R.), 441 (W.W.R.), 280-281 (B.C.L.R.).

³⁶ *Supra*, footnote 2 (B.C.S.C.).

³⁷ *Supra*, footnote 18 (S.C.C.).

The defendant appealed the damages awarded by McKinnon J. for loss of amenities; the plaintiff cross-appealed for, *inter alia*, an increase in damages for non-pecuniary loss. The Court of Appeal admitted new evidence that, in spite of the prognosis presented to the trial court, there had been some improvement in the plaintiff's condition: it had been possible to discern a "meagre degree of awareness" not present at trial. The majority (Hinkson and Aikins JJ.A.) held that the trilogy and *Lindal* had overruled *Jennings* on the issue of non-pecuniary damages. That being so, had the plaintiff's condition remained as found by the trial judge,³⁸ then, said Hinkson J.A., applying the functional approach.³⁹

. . . I am unable to visualize anything represented by a money award that could be used to substitute other enjoyments and pleasures for those that have been lost . . .

The Court of Appeal took into account the improvement in Knutson's condition and the very slight possibility that his level of awareness could continue to increase. Hinkson J.A. felt that a sum of \$15,000 would allow for the slight possibility that the plaintiff might reach a level of awareness where some solace could be afforded him. He could "visualize things that might provide solace to the plaintiff" in such circumstances, including "music, visits to his home from time to time and innovations in treatment or care that might make life more enjoyable".⁴⁰ We can only speculate whether, if there had been no change in Dale Knutson's condition, the Court of Appeal would have made a zero award for the non-pecuniary element. None of the judges who had supported a functional or personal approach in the earlier cases, including Windeyer J., had actually followed their theories through to the logical conclusion of recommending a zero award for an unaware plaintiff.

Esson J.A. wrote a spirited dissent in *Knutson v. Farr*. In doing so he echoed the reservations of some academic commentators⁴¹ that a "strict functional approach" has yet to be established by the Supreme Court, *Lindal* notwithstanding. Esson J.A. ranks the role of the functional approach thus:⁴²

Those cases [the trilogy and *Lindal*] do indicate that the functional theory provides the primary consideration to be applied in assessing damages for personal injury. But the \$100,000 rough upper limit is itself a rule which is inconsistent with the functional theory in its strict form. That theory would require the award of whatever sum would suffice to provide solace, which must surely have been a different sum in each case of the trilogy and in *Lindal v. Lindal*.

³⁸ That is, that the plaintiff would remain unaware of his surroundings and insensitive to pain and suffering.

³⁹ *Supra*, footnote 2, at pp. 323 (W.W.R.), 152 (B.C.L.R.) (B.C.C.A.).

⁴⁰ *Ibid.*, at pp. 327 (W.W.R.), 155 (B.C.L.R.).

⁴¹ E.g., S. Waddams, *The Law of Damages* (1983), para. 390; L. Klar, *Developments in Tort Law: The 1981-82 Term* (1983), 5 *Supreme Ct. Law Rev.* 273.

⁴² *Supra*, footnote 2, at pp. 336 (W.W.R.), 163 (B.C.L.R.) (B.C.C.A.).

He attaches significance to the following passage from Dickson J.'s judgment in *Lindal v. Lindal*,⁴³ suggesting that the functional approach is not the *only* approach:

Thus the amount of an award for non-pecuniary damage *should not depend alone upon the seriousness of the injury* but upon its ability to ameliorate the condition of the victim considering his or her particular situation. It therefore will not follow that in considering what part of the maximum should be awarded the *gravity of the injury alone* will be determinative.

Esson J.A. also had practical problems with the prospect of zero awards for unaware plaintiffs. Firstly, the improved condition of Dale Knutson in the two and a half years between trial and appeal, despite a very firm conclusion at trial that there would be no such improvement, was a salutary lesson of the uncertainty which besets all attempts at compensation based on a prediction of future developments. Secondly, he compared the fact situations in the earlier "unaware" or "unconscious" plaintiff cases. They were all, he concluded, "unaware" or "unconscious" by comparison to people with normal brain function. Yet, he argued, within that labelling there are important differences of degree, and because of this the unconscious person should not be regarded as dead.⁴⁴

Death is final and complete. Unconsciousness may be temporary and, even for those who have no hope of recovery, it is a matter of degree.

Esson J.A. also suggested that no recovery of damages ignores the possibility of unforeseen scientific advances, and presumes that there is no possibility that the plaintiff will live longer than his or her expected life span (as projected for the purpose of calculating pecuniary losses): a "cushion" is required in the form of a non-pecuniary award to provide for that contingency.⁴⁵ He concluded, in rejecting a functional approach strictly applied:⁴⁶

Our inability to predict the future is a good reason for not dealing with this subject in an overly mechanistic and "logical" way. A plaintiff so terribly injured has lost everything but life itself. But where there is life there is hope. The recent changes in the law [the trilogy] require emphasis on practical considerations but do not, in my view, exclude recognition of the extreme seriousness of the loss and the possibility of future change, even where such a possibility is not established by direct evidence.

Leave to appeal *Knutson v. Farr* to the Supreme Court of Canada was refused.⁴⁷

⁴³ *Supra*, footnote 32, at pp. 637 (S.C.R.), 440 (W.W.R.), 279 (B.C.L.R.); quoted by Esson J.A., *supra*, footnote 2, at pp. 331 (W.W.R.), 159 (B.C.L.R.) (B.C.C.A.). (Emphasis added).

⁴⁴ *Supra*, footnote 2, at pp. 341 (W.W.R.), 168 (B.C.L.R.) (B.C.C.A.).

⁴⁵ *Ibid.*, at pp. 347 (W.W.R.), 174 (B.C.L.R.).

⁴⁶ *Ibid.*, at pp. 345-346 (W.W.R.), 172 (B.C.L.R.).

⁴⁷ [1984] 2 S.C.R. viii.

Among the commentators on the trilogy cases, Klar⁴⁸ argues that the Supreme Court, having started out with a preference for the functional approach, has not only failed to carry it out to its logical conclusion, but has become detoured along the way by the conceptual approach.⁴⁹ In so doing, it has transmitted "mixed signals" to lower courts trying to apply the new regime. Klar contends that since the trilogy, lower courts have been assessing damages by comparing the seriousness of the injuries sustained by the claimants, and the effects on their lives, with the injuries and conditions of the plaintiffs in the trilogy cases.⁵⁰ In other words, the courts have reverted to a conceptual approach using the trilogy as their yardstick.

Knutson v. Farr has since been followed by a different bench of the British Columbia Court of Appeal in *Wipfli v. Britten*.⁵¹ Joseph Wipfli had suffered serious brain damage at birth due to the negligence of certain doctors who failed to diagnose that the mother was carrying twins. The child at the time of trial was not unconscious, but he could not walk or talk, respond, or communicate in a meaningful manner. There was evidence that he occasionally exhibited emotions, such as pleasure, and possibly derived some enjoyment from music or television. Hinds J. at trial concluded that his condition could improve, and that developments in medical science could help ameliorate that condition. The majority in the Court of Appeal declined to interfere with the award for non-pecuniary damages of \$75,000 made by Hinds J. (that is, fifty per cent of the trilogy limit, taking account of inflation). Anderson J.A. dissented in part. He engaged in an essentially conceptual analysis, comparing the gravity of the injured parties in the trilogy cases and in *Lindal v. Lindal*⁵² to Joseph Wipfli. Like Esson J.A., he viewed the approach formulated by the Supreme Court as requiring an "emphasis" on the functional approach, but that those principles were expressed *obiter* by the Supreme Court.⁵³ In the circumstances, he concluded, the trial judge should have made the maximum non-pecuniary award of \$150,200.⁵⁴

More recently still, *Knutson v. Farr* has been the subject of comment in two Ontario cases. In the first, *Arbeau v. Scarborough General*

⁴⁸ *Loc. cit.*, footnote 41.

⁴⁹ *Ibid.*, at p. 277.

⁵⁰ *Ibid.*, at pp. 278-281. In *Bracchi v. Horsland* (1983), 25 C.C.L.T. 146, the B.C. Court of Appeal held that it was a misdirection for a civil jury to be directed to compare the gravity of a victim's situation with that of the victim in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, footnote 1.

⁵¹ [1984] 5 W.W.R. 385, (1984), 56 B.C.L.R. 273, allowing in part an appeal from Hinds J., [1983] 3 W.W.R. 424, (1983), 43 B.C.L.R. 1 (B.C.S.C.).

⁵² *Supra*, footnote 32.

⁵³ *Ibid.*, at pp. 422 (W.W.R.), 306-307 (B.C.L.R.) (B.C.C.A.).

⁵⁴ *Ibid.*, at pp. 430 (W.W.R.), 313 (B.C.L.R.).

Hospital,⁵⁵ Galligan J. had to deal with the case of a totally unaware twenty-two year old plaintiff, who prior to the date of trial had been in that state for some eight years. The judge indicated that he found the reasoning of Esson J.A. in dissent to be "personally persuasive", but felt, in the absence of an appellate decision that disagreed with *Knutson v. Farr*, that the "course of prudence" would be for him to follow the majority in the British Columbia Court of Appeal.⁵⁶ Significantly, Galligan J. indicated that, had liability been proved in *Arbeau*, he would have made a zero award to the plaintiff.

In the second case, *Khan v. Salama*,⁵⁷ R.E. Holland J. considered the assessment of non-pecuniary damages for a young woman who suffered irreversible brain damage due to cardiac arrest while giving birth. The medical evidence was that the plaintiff was "mindless" and in a "persistent vegetative state". One specialist wrote in his report:

I do not believe there will be any recovery from her current medical state. Although one lives in hopes that recovery will occur in patients such as this lady, and although it is recognized that recovery can occur over the first five years after severe brain damage, I have very strong feelings that in this instance it is not going to happen and that this patient is seriously and permanently damaged and will remain so close to her present state for the remainder of her life.⁵⁸

R.E. Holland J. apparently balked at the prospect of a zero award, choosing instead to make a modest award of \$10,000 that reflected the "slight possibility of some recovery".⁵⁹

Conclusion

It is evident that, even where the functional approach has been accepted as the sole method for evaluating non-pecuniary losses, judges have expressed personal misgivings over its strict application. The plight of the unaware plaintiff will continue to pose a particularly difficult problem to the courts. It is not hard to sympathize with the view that, in the case of such plaintiffs, the strict functional approach should be moderated by a humane application. Medical science is unable to say conclusively what inner consciousness, feeling or perception exists when a plaintiff gives an outward impression of living death. One Australian judge, Herring C.J., has remarked:⁶⁰

⁵⁵ Unreported, Ontario High Court, 16th April 1985, summarized (1985), 30 A.C.W.S. (2d) 526.

⁵⁶ *Ibid.*, oral reasons for judgment, at p. 14.

⁵⁷ Unreported, Ontario High Court, 3rd September 1985, summarized (1985), 33 A.C.W.S. (2d) 233.

⁵⁸ *Ibid.*, oral reasons for judgment at p. 4.

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 6.

⁶⁰ *McGrath Trailer Equipment Pty. Ltd. v. Smith*, [1956] V.L.R. 738, at p. 742 (Vict. S.C.).

It matters not that he now seems content with the cabbage-like existence that his injuries have forced upon him, although, in truth, we have no knowledge if this is so in fact.

Furthermore, the present system of awarding damages in a once-and-for-all lump sum leaves scant room for helping the unaware plaintiff whose condition improves, however slightly, after judgment. That this can happen is borne out by the change in condition of Dale Knutson between trial and appeal. Had that improvement in Knutson's condition occurred after the appeal, one supposes that the appellate court may have made a zero award, leaving the plaintiff no avenues of redress for compensation for his changed condition.

One of the recommendations of the Pearson Commission was that payment of all future pecuniary losses be periodic and reviewable by the courts.⁶¹ The Commission rejected such a solution in the case of non-pecuniary damages, which they said should continue to be awarded as a lump sum.⁶² However, under the English Administration of Justice Act 1982,⁶³ a new section, section 32A is added to the Supreme Court Act 1981⁶⁴ enabling courts to make provisional awards of damages for personal injuries where there is proved or admitted to be a chance of future development of a disease, or a serious deterioration in condition of the plaintiff, not foreseeable at trial, but nevertheless a consequence of the tortfeasor's act. Power for rules of court to be promulgated was conferred by this section, but to date no such rules have appeared.

In Ontario, section 129 of the Courts of Justice Act, 1984,⁶⁵ envisages periodic payment of an award of damages, but only where all parties consent. The section provides that the award be subject to future review and revision in such circumstances and on such terms as the court deems just. The provision appears to enhance structured settlements, rather than effect a radical change permitting on-going review of awards. It is noteworthy that the English provision only relates to a deterioration in the plaintiff's condition, that is, where the provisional award will be increased, whereas the new Ontario provision leaves it open to the court to reduce damages upon future review. What is evident is that at present, in the absence of devices that would give parties a right to future review of damages awards, the contingencies of an improvement in condition to a level where there is some awareness (even if minimal) must be included in a once-and-for-all non-pecuniary award. This would seem to be the approach taken by R.E. Holland J. in *Khan v. Salama*.⁶⁶

⁶¹ *Op. cit.*, footnote 22, chapter 14.

⁶² *Ibid.*, paras. 612-614.

⁶³ *Supra*, footnote 5, s. 6.

⁶⁴ Supreme Court Act 1981, c. 54.

⁶⁵ S.O. 1984, c. 11.

⁶⁶ *Supra*, footnote 57.

Esson J.A., and Lord Scarman in *Dr. Lim's case*, join a growing body of opinion that reform of the law of damages should be comprehensive and left to the legislature, rather than piecemeal reform by the judiciary. The correctness of this view is borne out by the confused judicial application of the "functional approach".

GRAEME MEW*

* * *

DROIT CRIMINEL—ÉLARGISSEMENT DE LA PROTECTION CONTRE L'AUTO-INCRIMINATION?—Traditionnellement, le concept de non-incrimination signifie d'abord et avant tout privilège de non-assignation. En somme, l'inculpé n'est jamais contraignable en sa qualité de témoin. La Cour suprême du Canada s'est clairement exprimée sur le sujet dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*¹ sous la plume du juge Dickson:

On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général . . .

Inévitablement, l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés² allait fournir aux plaideurs l'occasion de remettre en question les tenants et aboutissants de la protection contre l'auto-incrimination. Le débat s'est rapidement engagé à propos de l'article 13 de la Charte, lequel prévoit que chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. L'arrêt *Dubois c. La Reine*,³ rendu le 21 novembre 1985 par la Cour suprême du Canada, porte précisément sur l'interprétation de cette disposition. L'analyse du juge Lamer, auteur du jugement majoritaire,⁴ élargit la perspective de l'article 13 bien au-delà de sa littéralité. De la sorte, il révisé le fondement même du principe cardinal de la protection contre l'auto-incrimination.

* Graeme Mew, of the Middle Temple, Barrister. The helpful comments of Professor J. Berryman, Faculty of Law, University of Windsor, are gratefully acknowledged. All infelicities are those of the writer.

¹ [1976] 1 R.C.S. 763, à la p. 769. Voir sur le sujet: Ed. Ratushny, *Self-Incrimination* (1979).

² Loi constitutionnelle de 1982, Partie I.

³ [1985] 2 R.C.S. 350.

⁴ À l'opinion du juge Lamer souscrivent le juge en chef et les juges Estey, Chouinard, Wilson et Le Dain. Le juge McIntyre est dissident.

I. *La question en litige*

Dans l'affaire *Dubois*, la question en litige peut se résumer comme suit: lorsqu'une cour d'appel ordonne un nouveau procès à l'égard d'une même accusation ou d'une infraction comprise, la poursuite peut-elle présenter à titre de preuve principale le témoignage donné par un accusé au cours du premier procès? Pour mieux comprendre le genre de problèmes soulevé par cette question, un bref rappel de certains faits s'impose. Inculpé de meurtre, Dubois a témoigné pour sa défense, admettant l'homicide mais alléguant des circonstances justificatives. Lors de sa déposition devant le jury, l'accusé n'avait pas invoqué la protection de l'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada.⁵ Déclaré coupable, Dubois interjeta appel avec succès et la Cour d'appel d'Alberta ordonna la tenue d'un nouveau procès. Lors de la seconde instruction, la poursuite fit lecture du témoignage rendu par l'inculpé à l'occasion du premier procès en dépit de l'opposition du procureur de la défense. Ce dernier prenait appui sur l'article 13 de la Charte. Cette fois, la défense ne fit entendre aucun témoin. A nouveau condamné, Dubois présenta un second pourvoi basé uniquement sur l'irrecevabilité dans la preuve à charge de son témoignage antérieur. La Cour d'appel d'Alberta débouta l'appelant en statuant que l'expression "d'autres procédures" ne comprenait pas un second procès, auquel l'article 13 de la Charte était inapplicable.

II. *L'analyse de l'article 13 de la Charte*

A. *La finalité de l'article 13*

D'entrée de jeu, le juge Lamer souligne que l'article 13 de la Charte constitue une forme de protection très précise contre l'auto-incrimination. Par conséquent, dit-il, cette disposition doit être interprétée dans le contexte de deux droits intimement liés: le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même d'une part et la présomption d'innocence d'autre part.

Pour le juge Lamer, le fardeau qui incombe à la poursuite d'établir la culpabilité et le droit au silence de l'inculpé, auquel correspond l'obligation de la poursuite de présenter une preuve complète, constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence. A son avis, ces éléments sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. A cet égard, il cite en les approuvant les propos du professeur Ratushny,⁶ selon qui, l'obligation de la Couronne de présenter une preuve complète constitue la véritable protection que vise la règle prohibant qu'un accusé

⁵ S.R.C. 1970, c. E-10.

⁶ Ed. Ratushny, *Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle*, dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 419, à la p. 488.

soit contraint de témoigner. Ce n'est pas tant l'absence d'obligation de témoigner qui protège l'inculpé mais le fait que c'est à la poursuite de prouver l'accusation avant de s'attendre à une réaction de la part de l'inculpé.

En somme, le juge Lamer constate que le principe de l'obligation de la poursuite de présenter une preuve complète est commun aux alinéas (c) et (d) de l'article 11 et à l'article 13 de la Charte. Dans le contexte des articles 11(c) et 13, cela signifie précisément que l'accusé jouit de l'avantage initial du droit au silence et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination. Prenant appui sur un extrait de Wigmore on Evidence,⁷ le juge Lamer affirme que les articles 11(c) et 13 de la Charte constituent la reconnaissance du principe selon lequel l'individu est souverain. En cas de conflit entre l'État et la citoyen, ce dernier ne doit être inquiété que pour un motif valable, et il ne doit surtout pas être obligé par la partie adverse de contribuer à sa propre déchéance. Cela dit, le rédacteur de l'arrêt *Dubois* formule la proposition suivante:⁸

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11(c) et d), est de protéger les individus contre l'*obligation indirecte de s'incriminer*, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11(c) interdit.

B. Le bénéficiaire du droit

Dans l'affaire *Dubois* s'est posée la question d'applicabilité rétroactive de l'article 13 de la Charte. En effet, la Couronne soutenait que le témoignage rendu par l'accusé à l'occasion du premier procès était admissible lors de la seconde instruction puisque la Charte était entrée en vigueur entre les deux procès. Au soutien de cette prétention, la poursuite, prenant appui sur la façon dont l'article 13 est rédigé, plaidait que la protection n'est accordée qu'au témoin qui dépose plutôt qu'à celui qui a déposé. Le juge Lamer dispose de l'argument en ces termes:⁹

Comme l'article 13 garantit le droit d'une personne contre l'auto-incrimination, plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, il ne s'applique à un individu qu'au moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. Étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le témoignage antérieur de *Dubois* après l'entrée en vigueur de la Charte, la question de rétroactivité ne se pose pas.

En somme, la protection accordée par l'article 13 de la Charte ne se rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser cette déposition d'une manière incriminante pour son auteur.

⁷ Vol. 8 (McNaughton rev. 1961), à la p. 318, par. 2251. L'extrait cité par le juge Lamer, *supra*, note 3, à la p. 358, se lit, en traduction, comme suit: "... l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite."

⁸ *Supra*, note 3, à la p. 358. (Mots mis en italiques par l'auteur).

⁹ *Ibid.*, aux pp. 359-360.

Enfin, se référant à l'histoire législative de l'article 13 de la Charte, le juge Lamer conclut que le terme "witness" dans le texte anglais englobe un témoin volontaire, d'où la précision suivante:¹⁰

... l'art. 13 s'applique à mon avis autant au témoignage donné de manière volontaire par un accusé qu'au témoignage donné par une personne qui est obligée de témoigner.

C. Le témoignage incriminant

À première vue, l'article 13 de la Charte ne semble protéger un citoyen qu'à l'encontre de l'utilisation incriminante d'un témoignage qui était lui-même incriminant au moment d'être rendu. Telle fut l'interprétation littérale proposée par la Couronne dans l'affaire *Dubois*. Ayant déjà statué que la protection de l'article 13 ne touche que la procédure judiciaire visée par l'utilisation du témoignage antérieur, le juge Lamer écarte l'interprétation littérale au motif qu'elle porte ombrage à la nature et à l'objet de la disposition et mène tout droit à une absurdité.¹¹ Prônant une interprétation fonctionnelle puisqu'il s'agit de la Charte,¹² il formule la conclusion suivante:¹³

L'objet de cet article ... indique que le seul moment pertinent relativement à l'appréciation de la nature incriminante du témoignage est celui de la seconde procédure.

Soulignant fort à propos qu'un témoignage inséré dans la preuve à charge est forcément, pour les fins de l'article 13, un témoignage incriminant, le juge Lamer refuse de se prononcer sur la question de savoir si les mots "utilisé pour l'incriminer" font allusion à l'utilisation d'un témoignage antérieur dans le but de miner la crédibilité de l'accusé qui témoigne pour sa défense.

D. Les autres procédures

Dans l'affaire *Dubois*, la question en litige consistait à déterminer si un second procès instruit sur l'acte d'accusation initial constituait une "autre procédure" au sens de l'article 13 de la Charte. Le juge Lamer a répondu par l'affirmative. Son raisonnement s'articule comme suit:¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 361.

¹¹ *Ibid.*, aux pp. 363-364. À la p. 363, le juge Lamer écrit: "En réalité, l'interprétation littérale va contre la nature et l'objet de l'article et aboutit de plus à une absurdité. Lorsqu'il en est ainsi, l'interprétation littérale ne doit pas s'appliquer à moins 'd'irréductibilité absolue' du texte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce."

¹² *Ibid.*, aux pp. 363-364.

¹³ *Ibid.*, à la p. 364.

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 365. Quant à l'idée de violation indirecte de l'article 11(d), rappelons-nous que le juge Lamer tenait le propos suivant: "En effet, l'accusé serait alors *forcé* d'aider la poursuite à s'acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu'à ce que la preuve ait été faite." (à la p. 365)

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11c), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

Rappelant que notre Charte constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments, le juge Lamer souligne que les tribunaux doivent interpréter chaque disposition de la Charte en fonction des autres articles. C'est pourquoi, à son avis:¹⁵

Conclure qu'un nouveau procès n'est pas une "autre procédure" au sens de l'art. 13 équivaudrait en fait à permettre une interprétation d'un droit conféré par la *Charte* qui comporte la violation d'un autre droit conféré par la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat.

III. Commentaires

A. Violation indirecte du privilège de non-incrimination

Lorsque le juge Lamer écrit que, dans le contexte des alinéas (c) et (d) de l'article 11 de la Charte, l'article 13 vise à protéger les individus contre l'obligation *indirecte* de s'incriminer,¹⁶ il reconnaît qu'un citoyen peut rechercher un redressement pour une *violation indirecte* d'un droit constitutionnel. Transposée à l'ensemble des garanties juridiques énoncées dans la Charte, cette notion de violation indirecte peut considérablement élargir la protection offerte aux justiciables. Pour les fins de notre propos, il suffira d'en examiner la portée à l'égard du privilège de non-incrimination susceptible d'être invoqué dans une procédure d'abord accusatoire, ensuite inquisitoire, et finalement connexe.

1. Procédure accusatoire

Pour exercer ses prérogatives de poursuivant, le Procureur général choisit parfois de fractionner son processus d'inculpation. Ainsi, un accusé peut être assigné pour témoigner contre ses complices, pour autant qu'il soit inculpé dans un dossier séparé. Un fait saute aux yeux: bien que son témoignage antérieur ne lui soit point opposable à son procès, l'accusé, contraint de déposer contre ses coaccusés, se trouve néanmoins dans l'obligation de contribuer indirectement à sa propre incrimination en divulguant à la poursuite des informations préjudiciables à sa défense.

Les juges Laskin, Estey et Lamer ont considéré ce problème digne d'examen par la Cour suprême du pays puisqu'ils accordèrent à un certain

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 366.

¹⁶ Le juge Lamer précise que l'objet de l'art. 13 est de "veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit". (*ibid.*, à la p. 358)

Crooks l'autorisation de contester une procédure de ce genre utilisée par la Couronne.¹⁷ En première instance, le juge O'Driscoll de la High Court d'Ontario avait statué que les articles 11(c) et 13 de la Charte n'avaient aucunement altéré l'état traditionnel du droit, soit la contraignabilité d'un accusé dans l'instance où ses complices étaient jugés séparément de lui. La Cour d'appel d'Ontario avait rejeté le pourvoi de Crooks en exprimant simplement son approbation du jugement de première instance.¹⁸ Malheureusement, la communauté juridique devra patienter quelque temps encore avant que le plus haut tribunal du pays ne puisse aborder cette importante question. En effet, le procureur de Crooks s'est désisté de son pourvoi en septembre 1984.

Cela dit, l'arrêt *Dubois* comporte des propositions qui nous justifient de conclure qu'un accusé qui, dans une instance séparée, se voit contraint de témoigner sur les faits pertinents à l'inculpation qui lui est reprochée subit une *violation indirecte* de son droit à la protection contre l'auto-incrimination. À notre avis, l'analyse du juge Lamer que nous avons précédemment mise en relief autorise pareille conclusion. Si tel est le cas, l'article 24(1) de la Charte permet à l'accusé d'attaquer la légalité de la procédure d'assignation qui le concerne.

2. Procédure inquisitoire

Serait-ce tricher avec la pensée du juge Lamer que de soutenir qu'une violation indirecte du droit constitutionnel contre l'auto-incrimination survient lorsqu'une commission d'enquête oblige un inculpé en puissance à témoigner dans une procédure civile ou administrative? La question est de taille, d'autant plus qu'elle comprend de nombreuses nuances.

La position traditionnelle des tribunaux nous semble avoir été fort bien résumée par le juge Rothman dans l'arrêt *R. c. Daigle*.¹⁹ En l'espèce, l'accusé se plaignait devant la Cour supérieure du Québec d'avoir été contraint de témoigner devant la Commission McDonald qui enquêtait sur les activités illégales de la Gendarmerie Royale du Canada. Il sollicitait

¹⁷ *Re Crooks and the Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 57 (H.C. Ont.; C.A. Ont.). L'autorisation de pourvoi fut accordée le 2 novembre 1982; *ibid.*, à la p. 64.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 64. La note de l'éditeur se lit comme suit: "An appeal from this decision [i.e. celle du juge O'Driscoll] to the Ontario Court of Appeal was dismissed (Howland C.J.O., Martin and Thorson J.J.A.) October 7, 1982. The following was endorsed on the appeal record by Martin J.A.: 'We agree with the decision of Mr. Justice O'Driscoll and with his reasons for dismissing the appellant's application to quash the subpoena directed to him. Accordingly, the appeal is dismissed.' Subsequently leave to appeal to the Supreme Court of Canada was granted (Laskin C.J.C., Estey and Lamer J.J.) on November 22, 1982." Soulignons que dans l'arrêt *R. c. Walters* (1983), 2 C.C.C. (3d) 512, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a donné son aval au jugement du tribunal d'appel ontarien dans l'arrêt *Crooks* précité.

¹⁹ (1983), 32 C.R. (3d) 388 (C.S. Qué.).

une ordonnance de sursis d'instance au motif que son droit de ne point s'auto-incriminer avait été violé. Le juge Rothman a disposé de l'argument en ces termes:²⁰

There is certainly no right given in the Charter to persons who have appeared before commissions of inquiry to require that they not be charged or tried. While the Charter does enshrine the privilege against self-incrimination, that right existed prior to the Charter. *Di Iorio* [[1978] 1 R.C.S. 152] and *Orysiuk* [(1977), 1 C.R. (3d) 111] appear to me sufficient authority for the proposition that the right is not infringed by compelling an accused to testify before these commissions.

Dans un article intitulé *Issues in Relation to the Legal Rights of a Suspect Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*,²¹ le professeur E. Ratushny propose une nouvelle façon d'interpréter le privilège de non-incrimination. À son avis, si les tribunaux acceptent de considérer un témoin comme inculpé éventuel plutôt que de le considérer uniquement en sa qualité de témoin, un résultat différent pourrait s'ensuivre:²²

In other words, it would be open to the Supreme Court of Canada to hold that the non-compellability provision in section 11(c) is so undermined by compellability at other hearings that "person charged with an offence" should be interpreted as including a "person likely to be charged" and that "proceedings against that person" should be interpreted as any proceedings which would be likely to prejudice his status as a potential accused in another forum by requiring him to testify as to the same subject matter.

L'auteur est conscient des difficultés inhérentes à une telle approche. Cependant, il suggère aux tribunaux canadiens d'effectuer un retour aux sources et d'agir comme s'il s'agissait d'appliquer le privilège de common law contre l'auto-incrimination, lequel incidemment a toujours force de loi en Angleterre.²³

How would a court determine whether a person is "likely to be charged"? The most opportune time to deal with this question would likely be after the witness has been sworn and questioning has commenced. In other words, the challenge would not be to the compellability of the person as a witness but to a line of questioning which relates to a potential criminal charge against that witness. If such a witness were permitted to decline to answer the particular question, we would simply be back to the common law privilege, which is still operative in England today.

Le professeur Ratushny souligne que, dans la mesure où l'État estime indispensable qu'un témoin soit contraint de déposer devant une commission d'enquête et que ce témoignage revêt plus d'importance qu'une poursuite criminelle éventuelle, l'immunité peut alors être accordée à la personne assignée. Cet accommodement administratif a pour effet de sauvegarder le privilège de non-incrimination.²⁴ Qui plus est, ajoute l'au-

²⁰ *Ibid.*, à la p. 394.

²¹ (1983), 61 R. du B. can. 177.

²² *Ibid.*, à la p. 188.

²³ *Ibid.*, aux pp. 188-189.

²⁴ Le professeur Ratushny s'exprime de la sorte: "While such a rule suggests difficulties in its application, there appear to have been few practical problems in England.

teur, un système de justice parallèle en vertu duquel un justiciable se trouve forcé de participer à une excursion de pêche avant d'être inculpé tourne en dérision le droit au silence du défendeur lors du procès.²⁵

À notre avis, tôt ou tard, l'analyse prospective du professeur Ratushny trouvera preneur auprès de la magistrature. Par l'insertion du concept de violation indirecte du privilège de non-incrimination dans l'arrêt *Dubois*, le juge Lamer a ouvert la voie à cette solution, au demeurant tout à fait conforme à l'esprit et à l'objet de la Charte.

3. Procédure connexe

Nous savons d'ores et déjà que, pour les fins de l'article 13 de la Charte, un nouveau procès constitue une autre procédure. Que dire d'une procédure connexe à l'instance principale, telle le voir-dire servant à déterminer l'admissibilité d'une confession? De façon plus précise, la Couronne peut-elle utiliser, lors du procès, le témoignage rendu par l'inculpé dans le cadre du voir-dire? Bien que l'arrêt *Dubois* ne dise rien sur ce sujet, la common law peut s'avérer utile à la discussion.

Dans l'arrêt de *Wong Kam-Ming*,²⁶ le Comité judiciaire du Conseil privé statua à la majorité que, nonobstant l'issue du voir-dire, la poursuite ne peut jamais, lors du procès, faire la preuve du contenu des admissions faites par l'accusé pendant le voir-dire. De plus, il fut jugé à l'unanimité que, sous réserve qu'une déclaration soit jugée admissible en preuve, l'accusé qui témoigne pour sa défense peut toujours être contre-interrogé à l'aide de son témoignage rendu lors du voir-dire s'il y a incompatibilité entre les deux dépositions assermentées. La Cour d'appel d'Ontario a souscrit à la seconde proposition du Comité judiciaire dans les arrêts *Tarrant*²⁷ et *Coughlin et al.*²⁸

Cela dit, la nature juridique du voir-dire nous porte à conclure qu'il s'agit d'une "autre procédure" au sens de l'article 13 de la Charte. Dans l'arrêt *Duhamel c. La Reine*,²⁹ la Cour suprême du Canada reprenait à son

Moreover, if the testimony at the hearing in question is more important to the state than the potential criminal prosecution, immunity against prosecution may be granted and the testimony compelled. Such an extended interpretation of section 11(c) would not be inconsistent with section 13. The immunity which it gives to subsequent 'use' of testimony could still operate where the witness makes no objection along the lines suggested above." (*ibid.*, à la p. 189)

²⁵ "Of course, our courts are not likely to put such a strained interpretation upon section 11(c) without good reason. But an argument can be made that a parallel system of 'non-criminal' proceedings at which an accused can be subjected to a compelled 'fishing expedition' merely by delaying the laying of charges, makes a mockery of the right not to testify at the criminal trial." (*ibid.*, à la p. 189)

²⁶ (1979), 69 Crim. App. R. 47 (C.P.).

²⁷ (1982), 63 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.).

²⁸ (1983), 3 C.C.C. (3d) 259 (C.A. Ont.).

²⁹ [1984] 2 R.C.S. 555.

compte la formule qualifiant un voir-dire de procès dans un procès. Le juge Lamer, porte-parole du tribunal, soulignait alors que la recevabilité d'une confession est une question complètement indépendante des procédures relatives à l'infraction.³⁰

À partir des observations qui précèdent, nous sommes d'avis que la poursuite ne peut jamais soumettre dans sa preuve à charge un extrait du témoignage incriminant rendu par l'accusé lors d'un voir-dire. La question de savoir si le prévenu qui dépose en preuve principale peut être contre-interrogé à l'aide de son témoignage rendu au cours de voir-dire soulève des difficultés qu'il convient d'examiner dans la perspective élargie de l'attaque à la crédibilité de l'inculpé.

B. Attaque à la crédibilité de l'inculpé

Dans l'arrêt *Dubois*, la Cour suprême n'avait pas à décider si l'expression "utilisé pour l'incriminer" de l'article 13 de la Charte faisait allusion à l'utilisation d'un témoignage antérieur dans le but de contre-interroger l'accusé lorsque ce dernier choisit de témoigner pour sa propre défense.³¹ Le juge Lamer a donc choisi de n'en point parler. Il n'est toutefois pas défendu de rappeler l'analyse qu'il a faite de l'article 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada³² dans l'arrêt *Attorney General of Québec c. Côté*.³³ Alors qu'il siégeait à la Cour d'appel du Québec, le juge Lamer s'exprimait comme suit avec l'aval du juge Casey:³⁴

Reste la question de savoir si le fait de vouloir se servir en contre-interrogatoire de l'accusé-témoin du témoignage qu'il rendait devant le coroner constitue une réalisation de la condition de fond suspensive. Ce me semble clair que se servir ainsi du témoignage c'est "l'invoquer" (au texte anglais, "shall not be used"). La question ne semble pas mériter de plus ample discussion.

Il convient naturellement de rappeler certaines nuances de vocabulaire entre l'article 13 de la Charte et l'article 5(2) de la Loi sur la preuve

³⁰ À la p. 560, le juge Lamer écrit: "Les faits applicables à la question n'ont rien à voir avec la question de la culpabilité. Ils ont trait aux circonstances qui ont entraîné et entouré la déclaration et n'ont rien à voir avec celles de l'acte criminel imputé."

³¹ *Supra*, note 3, aux pp. 364-365. Le juge Lamer écrit, à la p. 365: "Puisqu'en l'espèce la poursuite présente le témoignage dans le cadre de sa preuve principale, laquelle est manifestement visée par l'expression 'utilisé pour l'incriminer', nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si ces termes font référence à l'utilisation du témoignage antérieur dans le but de contre-interroger l'accusé, si ce dernier choisissait de témoigner pour sa propre défense."

³² *Supra*, note 5.

³³ (1979), 8 C.R. (3d) 171 (C.A. Qué.).

³⁴ *Ibid.*, à la p. 179. À la p. 173, le juge Lajoie fit le commentaire suivant: "L'utilisation de ce témoignage par la Couronne, fut-ce pour vérifier la crédibilité de l'accusé témoignant pour sa défense au procès, constituait une tentative d'invoquer et de mettre en preuve contre lui la déclaration qu'il avait faite devant le coroner, ce qui est inadmissible."

au Canada.³⁵ Tandis que le législateur constituant prohibe l'utilisation (en français: "utilisé"; en anglais: "used") d'un témoignage antérieur pour incriminer son auteur dans d'autres procédures, le Parlement canadien interdit toute forme d'utilisation d'un témoignage antérieur donné sous la protection de la loi (en français: "invoquée" et "admissible"; en anglais: "used" et "receivable"). Puisque le juge Lamer était d'avis dans l'arrêt *Côté* que le fait de contre-interroger l'accusé-témoin à l'aide d'un témoignage mentionné dans l'article 5(2) c'était l'invoquer ou l'utiliser (en anglais: "used"), force nous est de conclure que le terme "used" de l'article 13 de la Charte devrait être interprété de la même façon. Par conséquent, l'inculpé ne devrait jamais être contre-interrogé à l'aide d'un témoignage qu'il a rendu antérieurement dans une autre procédure, qu'il s'agisse d'un procès antérieur ou d'un voir-dire. Une telle interprétation de l'article 13 de la Charte nous semble impérative.

JEAN-C. HÉBERT*

³⁵ *Supra*, note 5. La partie pertinente de l'art. 5(2) se lit ainsi: "... sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage."

* Jean-C. Hébert, Barreau du Québec, Montréal, Québec.