

Richard B. and Beena B. Appellants

v.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, the Official Guardian for Sheena B., an Infant, and the Attorney General for Ontario Respondents

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec Intervenors

INDEXED AS: B. (R.) v. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

File No.: 23298.

Hearing and judgment on appeal: March 17, 1994.

Reasons and judgment on cross-appeal delivered: January 27, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, whether infringement

Richard B. et Beena B. Appellants

c.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, le tuteur public de Sheena B., mineure, et le procureur général de l'Ontario Intimés

et

Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec Intervenants

RÉPERTORIÉ: B. (R.) c. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

N° du greffe: 23298.

Audition et jugement quant au pourvoi principal: 17 mars 1994.

Motifs et jugement quant au pourvoi incident déposés: 27 janvier 1995.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act por-

justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Costs — Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

S.B. was born four weeks prematurely. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments, to which her parents, the appellants, consented. At their request the attending physicians avoided the use of a blood transfusion because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary. When S.B. was a month old, her haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. Following a hearing on short notice to the appellants, the Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship. At a status review two doctors testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. The head of ophthalmology at the hospital testified that he suspected the child had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and another doctor testified that a blood transfusion would be necessary. The wardship order was extended for a period of 21 days. S.B. received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma. A second Provincial Court order then terminated the respondent's wardship, and the child was returned to her parents. The appellants appealed both orders to the District Court, which dismissed the appeal and awarded costs against the Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal and the Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs. This appeal is to determine whether s. 19(1)(b)(ix) of the Ontario

tent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Dépens — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

S.B. est née quatre semaines avant terme. Au cours des premières semaines de sa vie, elle a reçu, afin de remédier à de nombreux troubles physiques, plusieurs traitements médicaux auxquels ses parents, les appelants, ont consenti. Ces derniers ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire. Un mois après sa naissance, le taux d'hémoglobine de S.B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. À la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé une tutelle de 72 heures à la société d'aide à l'enfance intimée. Lors d'une instance en révision du statut de l'enfant, deux médecins ont témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le chef du département d'ophtalmologie de l'hôpital a témoigné qu'il redoutait que l'enfant soit atteint de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et un autre médecin a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. La tutelle a été prolongée pour une période de 21 jours. S.B. a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté. Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a ensuite mis fin à la tutelle de l'intimée, et l'enfant a été rendue à ses parents. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances devant la Cour de district qui a rejeté l'appel et condamné aux dépens le procureur

Child Welfare Act, which defines "child in need of protection", together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*, and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The issue raised in the cross-appeal is whether the District Court erred in awarding costs against the Attorney General of Ontario.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1. Appeal

Section 7

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The liberty protected by s. 7 of the *Charter* does not mean unconstrained freedom. Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

The right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes deal

général de l'Ontario qui était intervenu dans l'instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants ainsi que l'appel incident du procureur général de l'Ontario sur la question des dépens. Le présent pourvoi vise à déterminer si le sous-al. 19(1)b)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, qui définit l'expression «enfant ayant besoin de protection», ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou s'ils portent atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La question soulevée dans le pourvoi incident est de savoir si la Cour de district a commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident): Les pourvois principal et incident sont rejetés.

1. Pourvoi principal

Article 7

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La liberté garantie à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

Les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être. Cette reconnaissance est fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. Bien que la philosophie qui sous-tend l'in-

ing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated, thereby confirming that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

While parents bear responsibilities toward their children, they must enjoy correlative rights to exercise them, given the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. Although this liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. While the state may intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health, such intervention must be justified.

While children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person, they are unable to assert these rights, and our society accordingly presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. The state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold, but in doing so it is limiting the constitutional rights of parents rather than vindicating the constitutional rights of children.

In the present case the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant and in so doing has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. This deprivation, however,

intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité, ce qui confirme que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Bien que les parents aient des responsabilités envers leurs enfants, ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter, étant donné l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Quoique ce droit à la liberté ne soit pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. Même si l'État peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant, cette intervention doit être justifiée.

Bien que les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, ils ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits et notre société présume donc que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soulever les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. L'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable, mais ce faisant, il restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants.

En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant, et la Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Cette privation était toutefois conforme aux

was made in accordance with the principles of fundamental justice. The common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction. The protection of a child's right to life and to health is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19(1)(b)(ix) of the Act, although broad in scope, is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life. The general procedure under the Act also accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts that it must present a strong case. Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed before its expiry.

The notice the parents received of the wardship hearing in this case was reasonable in the circumstances, and the initial wardship order was limited to 72 hours, to enable the parties to come back with further evidence. As well, although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: An exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child should be viewed as falling outside s. 7 of the *Charter*. While the right to liberty embedded in s. 7 may encompass the right of parents to have input into the education of their child, and in fact may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, it does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual,

principes de justice fondamentale. La common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé est un précepte fondamental de notre système juridique et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. Malgré sa large portée, le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie. La procédure générale établie dans la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux ont reconnu qu'elle doit présenter une preuve solide. Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée avant son expiration.

Le préavis que les parents ont reçu de l'audience relative à la tutelle était raisonnable compte tenu des circonstances, et l'ordonnance initiale de tutelle a été limitée à 72 heures afin de permettre aux parties de revenir avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Il y a lieu de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, puisse comprendre le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant et qu'en fait il puisse très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, il ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujéti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-

especially when that individual cannot speak for herself. Parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child. The exercise of parental beliefs that grossly invades those best interests is not activity protected by the right to liberty in s. 7. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter*'s goal of protecting the most vulnerable members of society.

Per Lamer C.J.: The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* has not been infringed in this case because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of parental liberty is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7. By including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* did not intend to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The right to liberty protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; rather it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice. The wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. The principles of fundamental justice are a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, and thus serve to establish the parameters of the interests. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty to which s. 7 refers must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power by which it may enforce the laws that it enacts. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or

même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté. Les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant. L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur cet intérêt n'est pas protégé par le droit à la liberté prévu à l'art. 7. Cet article ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société.

Le juge en chef Lamer: Le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été violé en l'espèce parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté parentale ne relève pas du champ d'application de l'art. 7. Par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Les principes de justice fondamentale constituent un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne, et servent donc à établir les paramètres de ces intérêts. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par

invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

The nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close connection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases this protection is therefore specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. The freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental are found in s. 2. If s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, the need for and purpose of s. 2 might be seriously questioned. The nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Since the right to life, liberty and security of the person are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision, there must be a connection or linkage among them. This connection is found in the person himself or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement. Moreover, extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom might mean that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe this liberty interest. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. In so doing the judiciary would inevitably be legislating, when this is not its function.

Per Sopinka J.: It is unnecessary to determine whether a liberty interest is engaged in this case because the threshold requirement of a breach of the principles

des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

La nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. On trouve à l'art. 2 les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte*. Si l'article 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. La nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. Puisque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition, il doit exister entre eux un lien ou un point commun. Le point de rattachement se situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement. Par ailleurs, élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté pourrait signifier qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à ce droit à la liberté. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce faisant, le pouvoir judiciaire se trouverait inévitablement à légiférer alors que tel n'est pas son rôle.

Le juge Sopinka: Il n'est pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté est en cause en l'espèce du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des prin-

1995 CanLII 115 (SCC)

of fundamental justice is not met. In all other respects La Forest J.'s reasons were agreed with.

Section 2(a)

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is a fundamental aspect of freedom of religion, guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. While the purpose of the Act, the protection of children, does not infringe on the appellants' freedom of religion, the legislative scheme it implements, culminating in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith. This infringement was justified, however, under s. 1 of the *Charter*. The state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. The process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major JJ.: A parent's freedom of religion, guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*, does not include the imposition of religious practices which threaten the safety, health or life of the child. Although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, as it is subject to such limitations as are necessary to protect the fundamental rights and freedoms of others. Since S.B. has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith or any religion, there is an impingement on her freedom of conscience, which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. While s. 1 of the *Charter* may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required here, since the nexus of the balancing operates between the child's

cipes de justice fondamentale n'est pas remplie. Les motifs du juge La Forest sont acceptés à tout autre égard.

Alinéa 2a)

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect fondamental de la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*. Bien que l'objet de la Loi, la protection de l'enfant, ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, le régime législatif qu'elle met en œuvre et qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant a gravement porté atteinte à leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi. Cette atteinte était toutefois justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: La liberté de religion d'un parent, garantie à l'al. 2a) de la *Charte*, ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie. Bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle est assujettie aux restrictions qui sont nécessaires pour préserver les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Puisque S.B. n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni à aucune religion, il y a atteinte à sa liberté de conscience qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Bien que l'article premier de la *Charte* puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce puisque

right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion.

2. Cross-appeal

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the awarding of costs against an intervening Attorney General acting in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute appears highly unusual, this case appears to have raised special and peculiar problems. The District Court's exercise of discretion, which was supported by the Court of Appeal, should thus not be interfered with.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The cross-appeal with respect to costs should be allowed. While it is true that appellate courts should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, a court of appeal can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Section 42(1) of the *Supreme Court Act* is aimed solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision, and does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. Awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. Moreover, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants this Court a wide discretion with respect to lower courts' costs orders.

The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is not absolute. Rule 57.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and

le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion.

2. Pourvoi incident

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Même si la condamnation aux dépens du procureur général qui intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui conteste la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district, qui a reçu l'appui de la Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a lieu d'accueillir le pourvoi incident quant aux dépens. S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, une cour d'appel peut intervenir lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Le paragraphe 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne vise qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire, et il n'empêche pas notre Cour d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Même si elle relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à notre Cour un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance inférieure.

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue. La règle 57.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas

in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*.

The resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. It is contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and encourage marginal applications for constitutional challenges. While there are clearly cases where the government will be required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome, these cases remain very limited exceptions and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts. As well, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Thus, the District Court judge was correct in not basing his order for costs on the relative resources of the parties.

The District Court judge was also correct in finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General of Ontario. However, misconduct is only one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Consequently, even in the absence of misconduct, a costs order against a successful party could be justified. That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons.

None of the factors considered by the District Court judge and the Court of Appeal in support of the impugned costs order, in and of themselves or considered in totality, justify the costs order against the successful Attorney General of Ontario in the case at hand. First, the District Court judge, in awarding costs against the Attorney General of Ontario, suggested that the "litigation was originally triggered by an act of the state". However, while the fact that a state action is the trigger for a particular litigation may warrant some considera-

échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*.

Les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Il est contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Bien qu'il y ait manifestement des cas où le gouvernement sera tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci, ces cas demeurent des exceptions très limitées et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux. De même, dans ces cas, il est généralement convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. Aussi, le juge de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties.

Le juge de la Cour de district a également eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. Cependant, l'inconduite est un seul critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. En conséquence, même en l'absence d'inconduite, la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause pourrait être justifiée. Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir discrétionnaire judiciaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres.

Aucun des facteurs considérés par le juge de la Cour de district et la Cour d'appel pour justifier l'ordonnance relative aux dépens qui est contestée ne justifie, en soi ou dans l'ensemble, la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause en l'espèce. Premièrement, en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario, le juge de la Cour de district a laissé entendre que le «litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État». Toutefois, bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un

tion in determining how costs are allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. Furthermore, in this case, it was the act of the appellant parents in refusing a blood transfusion for their daughter which originally triggered the litigation. The fact that the parents then challenged the constitutionality of the *Child Welfare Act* provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario, who intervened to defend the constitutionality of that statute. The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Furthermore, there is a general rule that a party granted intervener status in the public interest is neither entitled to nor liable for the costs in the matter.

Second, the District Court judge erred when he stated that the particular importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General of Ontario. While Rule 57.01(1)(d) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs, this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party. Furthermore, it is not apparent that this case raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance.

Third, Tarnopolsky J.A.'s reasons at the Court of Appeal, suggesting that an award of costs against the Attorney General of Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, were not agreed with. The fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is not in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that

litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. De plus, en l'espèce, c'est le refus des parents appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine qui a déclenché initialement le litige. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui est intervenu pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, il existe une règle générale voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait pas droit aux dépens de l'instance, ni ne les assume.

Deuxièmement, le juge de la Cour de district a commis une erreur lorsqu'il a dit que l'importance particulière de l'affaire dont il était saisi justifiait la condamnation aux dépens de l'intervenant le procureur général de l'Ontario. Bien que la règle 57.01(1)d) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens, ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause. Par ailleurs, il n'appert pas que la présente affaire soulève des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas.

Troisièmement, on n'a pas souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, qui laissaient entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Le fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* n'est pas suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autre-

all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state.

Fourth, the District Court judge noted that this case "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner". However, the fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced cannot be a source of reproach to the Attorney General of Ontario and cannot serve as a basis for the impugned costs order. Besides, it is not evident that the present case was actually unusual in its proceedings.

Finally, even taken together, the factors considered by the District Court judge and Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Lavigne v. Ontario Public Service Employ-*

ment signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens.

Quatrièmement, le juge de la Cour de district a souligné que l'affaire «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue». Toutefois, le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où une nouvelle preuve a été produite ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance en matière de dépens contestée. De plus, il n'est pas évident que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles.

Enfin, même considérés ensemble, les facteurs dont le juge de la Cour de district et le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Lavigne c.*

ees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Iacobucci and Major JJ.

Referred to: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.), appeal quashed and application to reinstate refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the cross-appeal)

Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326;

Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.), appel annulé et demande de rétablissement refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente quant au pourvoi incident)

Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326;

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437; *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., No. 1954/76, September 13, 1988; *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Statutes and Regulations Cited

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97; *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., n° 1954/76, 13 septembre 1988; *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan c. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Lois et règlements cités

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

American Declaration of the Rights and Duties of Man, arts. 1, 25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), 3 to 5, 6, 7, 8 to 14, 15, 33.
Child and Family Services Act, 1984, S.O. 1984, c. 55.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66 [rep. S.O. 1984, c. 55, s. 208], ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, c. 279.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, ss. 122, 141(1) [now *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 109, 131(1)].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 5(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 6, 9(1).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, r. 57.01(1)(c), (d), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 42(1), 47.
United States Constitution, Fourteenth Amendment.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3.

Authors Cited

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, affirming a judgment of Whealy Dist. Ct. J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, affirming an order of Main Prov. Ct. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, granting wardship of an infant to the Children's Aid Society and an order of Walmsley A.C. Prov. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, terminating the

American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. 1, 25.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), 3 à 5, 6, 7, 8 à 14, 15, 33.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66 [abr. L.O. 1984, ch. 55, art. 208], art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, ch. 279.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille, L.O. 1984, ch. 55.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 122, 141(1) [maintenant *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109, 131(1)].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 42(1) [mod. 1993, ch. 34, art. 117], 47.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 6, 9(1).
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, r. 57.01(1)(c), d), (2).

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
Débats de la Chambre des communes, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 octobre 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, qui a confirmé un jugement du juge Whealy de la Cour de district (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, qui avait confirmé une ordonnance du juge Main de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, accordant la tutelle d'une mineure à la Children's Aid Society, et une ordonnance du juge en chef adjoint Walmsley de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, met-

wardship. Appeal and cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal.

John M. Burns, W. Glen How, Q.C., and David C. Day, Q.C., for the appellants.

Alexander Duncan, for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, for the respondent the Official Guardian of Ontario.

Janet E. Minor and Robert E. Charney, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Roslyn J. Levine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

¹ LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. I am in agreement with them with respect to the result of this appeal. For the reasons stated by my colleagues Iacobucci and Major J.J., I agree that the impugned provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, now repealed, do not violate the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect to the analysis under s. 7 of the *Charter*, however, I have arrived at this result for reasons that are different from those of my colleagues. More specifically, I am of the opinion that the liberty interest protected by s. 7 has not been infringed because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of liberty ("parental liberty") is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7.

tant fin à la tutelle. Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident.

John M. Burns, W. Glen How, c.r., et David C. Day, c.r., pour les appelants.

Alexander Duncan, pour l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, pour l'intimé le tuteur public de l'Ontario.

Janet E. Minor et Robert E. Charney, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Roslyn J. Levine, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge La Forest, ainsi que des motifs conjoints des juges Iacobucci et Major. Je suis d'accord avec eux quant à l'issue du présent pourvoi. Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Iacobucci et Major, je conviens que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, maintenant abrogée, ne violent pas la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, j'arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux de mes collègues. Plus particulièrement, je suis d'avis que le droit à la liberté protégé par l'art. 7 n'a pas été violé parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence induite de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté (la «liberté parentale») ne relève pas du champ d'application de l'art. 7.

The Liberty Interest Protected by s. 7 of the Charter

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, I clearly expressed my agreement with the opinion of Wilson J., who had said in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, that "it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7". However, in analysing the rights protected by s. 7 of the *Charter*, this Court has often taken an exclusionary approach or has preferred to refrain from expressing an opinion as to the scope of the rights protected and has instead concluded that the impugned legislation complied with the principles of fundamental justice. Although the question in the case at bar could also be disposed of, as Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal did ((1992), 10 O.R. (3d) 321), by holding simply that, assuming that the type of liberty claimed by the appellants is protected by s. 7 of the *Charter*, the impugned statute does not violate the principles of fundamental justice, nevertheless I believe that it is necessary, having regard to the opinion expressed by my colleague La Forest J., to take time to consider the nature of the liberty interest which, in my view, is constitutionally protected in the context of s. 7 of the *Charter*.

With the exception of certain remarks by Wilson J., this Court has never really, up to this point, examined the concept of liberty in s. 7 except in close connection with the context of the criminal or penal law, by which the state takes action, through the courts or other agencies, to create or punish offences or, more generally, to exercise coercive power over certain human activities.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, the appellant, a pastor of a fundamentalist church, educated his children and others in a school program operating in the church basement. He had refused both to send his children to public school and to seek an exemption as required by the *Alberta School Act*. He was charged with several counts of truancy, an offence for which the Act provided for punishment

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, j'ai clairement exprimé mon accord avec l'opinion du juge Wilson qui avait dit, dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». Toutefois, en procédant à l'analyse des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour a souvent procédé par exclusion ou encore préféré s'abstenir de se prononcer sur la portée des droits protégés pour plutôt conclure que la législation attaquée respectait les principes de justice fondamentale. Quoique, comme l'a fait le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321), la présente question pourrait également être tranchée en statuant simplement qu'en présumant que le type de liberté dont se réclament les appelants est protégé par l'art. 7 de la *Charte*, la loi contestée ne viole pas les principes de justice fondamentale, je crois néanmoins nécessaire, compte tenu de l'opinion exprimée par mon collègue le juge La Forest, de m'attarder sur la nature du droit à la liberté qui, selon moi, bénéficie d'une protection constitutionnelle dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*.

À l'exception de certaines remarques du juge Wilson, notre Cour n'a, jusqu'à maintenant, jamais vraiment envisagé le concept de liberté de l'art. 7 autrement qu'en relation étroite avec le contexte du droit criminel ou pénal par lequel l'État intervient, par l'entremise des tribunaux ou d'autres organismes, pour criminaliser, punir ou, d'une façon plus générale, exercer un pouvoir de coercition sur certaines activités humaines.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, l'appelant, pasteur d'une église fondamentaliste, éduquait ses enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église. Il avait refusé tant de les envoyer à l'école publique que de demander une exemption comme l'exigeait la *School Act* de l'Alberta. Il a été inculpé en vertu d'accusations de

by imprisonment in default of payment of the prescribed fine. The appellant argued that the impugned provisions of the Act in issue infringed his freedom of religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* and deprived him, contrary to s. 7, of his freedom to educate his children as he saw fit, in that the restrictions imposed by the Act with respect to evidence of efficient instruction prevented him from making a full answer and defence.

non-fréquentation scolaire de la part de ses enfants, infraction pour laquelle la loi prévoyait une peine d'emprisonnement, à défaut du paiement de l'amende prescrite. L'appelant a fait valoir que les dispositions contestées de la loi en cause violaient sa liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* et le privaient, en violation de l'art. 7, de sa liberté d'éduquer ses enfants comme il l'entendait, en ce que les restrictions imposées par la Loi en matière de preuve de la conformité de son enseignement l'empêchaient d'opposer une défense pleine et entière.

5 La Forest J., who wrote the reasons for the majority of this Court, concluded that assuming that liberty as used in s. 7 included the right of parents to educate their children as they saw fit, the impugned provisions did not deprive them of that right in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J., dissenting, concluded, for herself alone, that the "liberty" protected by s. 7 includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs. Referring first to p. 205 of the decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, in which she had written, citing a passage from *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), "that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning", she then noted, at p. 317, the full and generous interpretation given to the expression "liberty" by the United States Supreme Court, at p. 399 of the decision in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

Le juge La Forest qui a rédigé les motifs de notre Cour à la majorité a conclu qu'en presumant que la liberté, au sens de l'art. 7, comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendaient, les dispositions contestées ne les privaient pas de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Pour sa part, le juge Wilson, dissidente, conclut, pour son propre compte seulement, que la «liberté» protégée à l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Se référant d'abord à la p. 205 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, où elle avait écrit, en citant un extrait de l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), que «les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions», elle souligne ensuite, à la p. 317, l'interprétation large et généreuse que la Cour suprême des États-Unis a donnée au terme «liberté» à la p. 399 de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

[TRADUCTION] Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps [. . .] comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

6 She then cited a passage from the comments of Dickson C.J. who wrote, in his examination of the

Elle cite ensuite un extrait des commentaires du juge en chef Dickson qui, en examinant le rôle et

role and scope of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Before concluding that the "right to liberty" protected by s. 7 of the *Charter* includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs, subject to the rights of the community, she added, at p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such.

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court undertook a similar examination of the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in relation to the rights protected by s. 7 of the *Charter*. In that case the state, as a general rule, forced a woman, by threat of criminal sanction, to carry the foetus to term. In a few clearly defined, exceptional cases, however, therapeutic abortion was permitted when the criteria and procedural requirements laid down had first been met. However, a woman who underwent an abortion without complying with the criteria and formalities, and the practitioner who procured it, were liable to a sentence of imprisonment.

A majority of this Court concluded, although for varying reasons, that the legislative scheme set

la portée de l'article premier de la *Charte*, écrit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Avant de conclure que le «droit à la liberté» protégé par l'art. 7 de la *Charte* inclut, dans la limite du respect des droits de la collectivité, le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, elle ajoute, à la p. 318:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non-conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a été amenée à examiner, de façon semblable, la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en regard des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Dans cette affaire, l'État, d'une façon générale, forçait la femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le foetus à terme. Dans quelques cas exceptionnels bien circonscrits, l'avortement thérapeutique était cependant permis lorsque les critères et exigences procédurales prescrites étaient préalablement remplis. Toutefois, la femme qui subissait l'avortement alors que les critères et formalités n'avaient pas été respectés, de même que le praticien qui le lui procurait, étaient passibles d'une peine d'emprisonnement.

Notre Cour à la majorité a conclu, quoique pour des raisons différentes, que le régime législatif

forth in s. 251 of the *Code* violated the right to security of the person that is protected by s. 7 of the *Charter* and that the procedural requirements and restrictions laid down in s. 251 permitting a "legal" abortion to be obtained did not comply with the principles of fundamental justice. However, the question of whether the "right to liberty" protected by s. 7 had been violated was not addressed by the majority. Speaking for herself alone, Wilson J. stated that she was of the opinion that s. 251 of the *Code* violated not only the right to security of the person but also the right to liberty, also protected by s. 7, as well as the freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. According to Wilson J., it may be concluded from the purpose of the *Charter* and from s. 7 thereof that the "right to liberty" guarantees to every individual, free from state intervention, a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, in order to preserve the human dignity of individuals and enable them to feel self-worth and exercise self-determination. She based that assertion on her analysis of the American jurisprudence on the subject of liberty, and on the comments of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, and in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where he wrote, at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

énoncé à l'art. 251 du *Code* violait le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* et que les exigences procédurales et les restrictions énoncées à l'art. 251, permettant l'obtention d'un avortement «légal», n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de la violation du «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'a toutefois pas été abordée par la majorité. S'exprimant en son propre nom seulement, le juge Wilson s'est dite d'avis que l'art. 251 du *Code* violait non seulement le droit à la sécurité de sa personne mais également le droit à la liberté, également protégé par l'art. 7, de même que la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Suivant le juge Wilson, l'objet de la *Charte* et de son art. 7 permettent de conclure que le «droit à la liberté» garantit à chaque individu, sans intervention de l'État, une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes et fondamentales touchant intimement à sa vie privée afin de préserver sa dignité humaine, de lui faire prendre conscience de sa propre valeur et d'assurer son autonomie. Elle fonde cette affirmation sur l'analyse qu'elle fait de la jurisprudence américaine traitant de la liberté et sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où il écrit, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Charter is consistent with the American jurisprudence on the subject." She recognized, however, that care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts.

Thus, relying primarily on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Oakes* and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* and on the American experience which, with the Fifth and Fourteenth Amendments, has given a broad interpretation to the concept of "liberty" and elevated the concept of the "integrity of the family unit" and of "parental rights" to the constitutional level, Wilson J. in *Jones and Morgentaler* expressly extended the ambit of the concept of the "right to liberty" in s. 7 to include protection of parents' right to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs and a woman's right to decide to terminate a pregnancy. I would note, however, that in both these cases the factual context in which Wilson J. made these comments was one in which the state was interfering in individual and personal choices in order to turn particular behaviour into a criminal offence.

To resolve the instant appeal my colleague La Forest J. proposes an approach analogous to the one adopted by Wilson J. I cannot concur in this interpretation, which is in my opinion, and I say this with great respect, wrong for several reasons.

First, I have already stated at p. 498 of *Re B.C. Motor Vehicle Act* and at p. 1171 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, that I rejected the application of the series of American decisions to the interpretation of s. 7 and the definition of the expression "liberty" in the context of our *Charter*, because those decisions were made in a specific historical context which, *inter alia*, does not have either s. 52 of the *Constitution Act* or the internal checks and balances of ss. 1 and 33 of the *Charter*, nor even an equivalent of s. 7 itself. In addition, these decisions ignore the fundamental differences in the structure and formulation of the two consti-

droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet.» Elle reconnaît cependant qu'il faut sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents.

Ainsi, s'appuyant principalement sur les commentaires du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes* et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et sur l'expérience américaine qui, avec les Cinquième et Quatorzième amendements, a donné une interprétation large au concept de «liberté» pour y élever la notion «d'intégrité de l'unité familiale» et de «droits parentaux» au niveau constitutionnel, le juge Wilson a, dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler*, explicitement étendu la portée du concept de «droit à la liberté» de l'art. 7 à la protection du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, et à celle du droit, pour la femme, de décider d'interrompre une grossesse. Je soulignerai toutefois que, dans ces deux arrêts, les commentaires du juge Wilson ont été faits dans un contexte factuel où l'État empiétait sur les choix individuels et personnels pour ériger en infraction criminelle un comportement déterminé.

Pour la solution du présent pourvoi, mon collègue le juge La Forest propose une approche analogue à celle adoptée par le juge Wilson. Je ne peux concourir à cette interprétation qui, soit dit en toute déférence, est à mon avis erronée pour plusieurs raisons.

D'une part, j'ai déjà mentionné, à la p. 498 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, et à la p. 1171 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, que je rejetais l'application de la série de décisions américaines à l'interprétation de l'art. 7 et à la définition du terme «liberté» dans le contexte de notre *Charte* parce que celles-ci ont été rendues dans un contexte historique particulier où on ne trouve ni l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni le contrôle interne de l'article premier et de l'art. 33 de la *Charte*, ni l'équivalent de l'art. 7 lui-même. De plus, ces décisions ignorent les différences fondamentales de structure et de formula-

tutions, which mandate distinct interpretations. Moreover, while I do not deny the wisdom and accuracy of the various comments by Dickson C.J., cited earlier by Wilson J. and in the present case by La Forest J., I am nonetheless of the view that those comments must be given limited application in analysing and interpreting s. 7 of the *Charter*. They must be seen in the context in which they were written. In the comment cited from *Oakes*, Dickson C.J. listed various essential values and principles that must guide the courts in interpreting *Charter* provisions. I note that those values and principles are essentially connected with the fundamental freedoms and various categories of rights found in the *Charter*. It therefore appears to me that Dickson C.J. was speaking primarily of the purpose of the *Charter* when taken as a whole. Moreover, his comment cited from *Big M Drug Mart Ltd.* refers expressly to the ability of each citizen to make free and informed decisions as aspects of the right to freedom of conscience.

tion entre les deux constitutions, lesquelles commandent des interprétations distinctes. Par ailleurs, sans nier la sagesse et la justesse des différents commentaires du juge en chef Dickson, cités antérieurement par le juge Wilson et, en l'espèce, par le juge La Forest, je suis néanmoins d'avis que ceux-ci doivent recevoir une application limitée lors de l'analyse et de l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*. Ils doivent être replacés dans le contexte dans lequel ils ont été écrits. Dans le commentaire rapporté de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson rappelle différentes valeurs et principes essentiels qui doivent guider les tribunaux lors de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Or, je constate que cette énumération se rattache essentiellement aux libertés fondamentales et aux différentes catégories de droits qui figurent dans la *Charte*. Il m'apparaît donc que le juge en chef Dickson s'est d'abord exprimé sur l'objet de la *Charte* considérée dans son ensemble. En outre, dans son commentaire tiré de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, il mentionne explicitement la possibilité qu'à chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées en tant qu'aspects du droit à la liberté de conscience.

14

I do not believe that the mere presence of the word "liberty" in s. 7 means that we can transpose these comments by Dickson C.J. into that section without distinction or nuance. Not all individual freedoms are recognized, a priori, as fundamental values of our society. The text of s. 1 in no way suggests this; it says simply that "[t]he *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it ..." (emphasis added). With due respect for the contrary opinion, I am not prepared to recognize that, by including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* intended to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The comments made by Dickson C.J. are certainly very proper and apposite but they are most meaningful when we consider them in reference to the principles that must guide the courts in interpreting the freedoms set out in the *Charter*. In my view, those freedoms are the freedoms guaranteed in particular by ss. 2 and 6. The other provisions, as their very wording indicates, refer to rights, although it is

Je ne crois pas que la simple présence du terme «liberté» dans le texte de l'art. 7 permette, sans distinction ni nuance, d'y transposer ces propos du juge en chef Dickson. Ce ne sont pas toutes les libertés individuelles qui, a priori, sont reconnues comme des valeurs fondamentales de notre société. Le texte de l'article premier ne laisse rien entendre de tel; il dit simplement que «[l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés» (je souligne). En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Les commentaires du juge en chef Dickson sont certes très justes et pertinents mais ils prennent toute leur signification dans la mesure où ils renvoient aux principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des libertés énoncées dans la *Charte*. À mon avis, ces libertés sont celles garanties notamment par les art. 2 et 6. Les autres

possible that a number of them could ground certain freedoms. Thus the "right to liberty" protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice.

Although it is recognized that through judicial interpretation the courts are called upon to play an important creative and necessary role, which indeed enables the law to change and adapt constantly to our society, nevertheless such interpretation must be strictly limited and circumscribed by the guidelines laid down by the Constitution or the legislation that our country, through its elected leaders and representatives, has adopted. Thus while, as this Court has repeatedly said, we must adopt a large and liberal interpretation of the *Charter*, this does not in any way mean that its provisions can be given whatever interpretation might be deemed useful or convenient. The flexibility of the principles it expresses does not give us authority to distort their true meaning and purpose, nor to manufacture a constitutional law that goes beyond the manifest intention of its framers. I am therefore entirely in agreement with McIntyre J., who wrote, at p. 394 of *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313:

... while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time.

This Court has already held that the purposive method of interpretation must be adopted when we are seeking to define the nature and scope of a freedom or right guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. stated, at p. 344:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this

dispositions, comme l'indique leur texte même, visent plutôt des droits, même s'il est possible qu'un certain nombre d'entre eux puissent sous-tendre certaines libertés. Ainsi, le «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Même s'il est reconnu que les cours de justice, par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la *Charte*, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepassse l'intention manifeste de ses rédacteurs. Je suis donc entièrement d'accord avec le juge McIntyre qui, à la p. 394 du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, écrivait:

... bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner.

Notre Cour a déjà jugé que le mode d'interprétation en fonction de l'objet visé doit être adopté lorsque l'on cherche à circonscrire la nature et la portée d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte*. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson déclare, à la p. 344:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. [Emphasis in original.]

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. [Emphasis added.]

17

Thus the wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. A proper and prudent interpretation of the *Charter* is especially necessary because it is a constitutional document of great import that cannot be altered by a mere statutory amendment if this Court were to misunderstand or err as to the scope of the rights and freedoms to which exceptional protection is afforded.

18

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

and the French version reads as follows:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit

R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Je souligne.]

Ainsi, le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Une interprétation juste et prudente de la *Charte* est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un document constitutionnel de très grande valeur qui ne peut être modifié par simple amendement législatif si notre Cour devait se méprendre ou se tromper sur la portée des droits et libertés auxquels une protection exceptionnelle est accordée.

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

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

et la version anglaise se lit de la façon suivante:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

This section contains only three distinct rights, which may be dealt with independently: the right to life, the right to liberty and the right to security of the person (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at pp. 204-5; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 500; and *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 52). As I said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501:

The principles of fundamental justice, on the other hand, are not a protected interest, but rather a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person.

As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. [Emphasis added.]

Thus, on the one hand, s. 7 means that the protection afforded to these rights is not absolute; the state may limit them as long as it does so in accordance with the principles of fundamental justice. On the other hand, the connection drawn between the principles of fundamental justice and the protected rights must be an indication of the nature and scope of the rights protected. The liberty in question must therefore be one that may be limited through the operation of some mechanism that involves and actively engages the principles of fundamental justice. Principles of fundamental justice pertain to the justice system. They are designed to govern both the means by which one may be brought before the judicial system and the conduct of judges and other actors once the individual is brought within it. Apart from a situation in which the state engages the judicial system, it is difficult to think of an application for the principles of fundamental justice. As I said at p. 503 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent

except in accordance with the principles of fundamental justice.

Cet article ne comprend que trois droits distincts qui peuvent être traités séparément: le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, aux pp. 204 et 205, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 500, et *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 52). Comme je le mentionne dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501:

Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.

À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. [Je souligne.]

L'article 7 signifie donc, d'une part, que la protection accordée à ces droits n'est pas absolue; l'État peut les restreindre, mais cette atteinte ne sera justifiée que dans la mesure où elle est conforme aux principes de justice fondamentale. D'autre part, le lien entre les principes de justice fondamentale et les droits protégés doit être un indice de la nature et de la portée des droits protégés. En l'espèce, il doit donc s'agir d'une liberté qui peut être restreinte par l'intervention d'un mécanisme qui fait appel aux principes de justice fondamentale et qui les engage activement. Les principes de justice fondamentale évoquent le système d'administration de la justice. Ils sont destinés à régir tant la façon dont une personne peut être amenée devant le système judiciaire que la conduite des juges et des autres intervenants lorsque l'individu se retrouve devant ce système. En dehors d'un contexte où l'État fait appel à l'appareil judiciaire, il est difficile de trouver une application aux principes de justice fondamentale. Comme je l'affirme, à la p. 503 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*:

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public

domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

21

At pages 1173-74 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, I also expressed the opinion that “[t]he interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary” and, more specifically, when the state “invokes the judiciary to restrict a person’s physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm” (emphasis added). I have not changed my opinion. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty s. 7 refers to must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power to enforce its laws. In other words, s. 7 actively engages the principles of fundamental justice and demands that the state respect them when it intends to infringe on the right to life, liberty or security of the person. It is judges who invented and developed the concept of “fundamental justice”. That concept, I repeat, essentially involves the judicial system and the decision-making bodies whose decisions are enforceable and are supported through the state’s coercive power. The principles of fundamental justice must therefore be capable of being relevant to the rights that s. 7 is designed to protect. They must be capable of being implicated in the restriction of the rights set out otherwise these rights cannot be guaranteed. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

22

With due respect for the contrary opinion, I am still convinced that the nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close con-

en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

Aux pages 1173 et 1174 du *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, précité, j’exprime également l’opinion que «[l]es intérêts protégés par l’art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire» et, plus particulièrement, lorsque l’État «recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d’une personne, par l’imposition d’une peine ou par la détention, lorsqu’il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu’il restreint d’autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire» (je souligne). Je n’ai pas changé d’opinion. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d’administration de la justice, le type de liberté visé par l’art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l’État confie un pouvoir de coercition permettant d’assurer le respect de ses lois. En d’autres termes, l’art. 7 engage, de façon active, les principes de justice fondamentale et commande à l’État de les respecter lorsqu’il entend porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sont les juges qui ont inventé et élaboré le concept de «justice fondamentale», lequel, je le répète, implique essentiellement l’appareil judiciaire et les organismes décisionnels dont les décisions sont exécutoires grâce au pouvoir coercitif de l’État. Il faut donc que les principes de justice fondamentale puissent être pertinents quant aux droits que l’art. 7 entend protéger. Ils doivent pouvoir être impliqués dans la restriction des droits énoncés, sinon ces droits ne peuvent être garantis. Par conséquent, l’art. 7 doit viser le comportement de l’État lorsque celui-ci intervient par des forces répressives pour assurer l’application et le respect des lois ou lorsqu’il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l’entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

En toute déférence pour l’opinion contraire, je demeure convaincu que la nature de l’ensemble des droits garantis par l’art. 7 et la relation étroite

nection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases, therefore, this protection is specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. I say a majority of cases, here, because I recognize, as Prof. Eric Colvin noted at p. 584 of his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, that it is possible to imagine limited circumstances in which an individual could be deprived of his or her liberty otherwise than by the application of the criminal or penal law. For example, Prof. Colvin refers to the civil processes for restraining a mentally disordered person or isolating a contagious person. In any event in my view, the principle that must be adopted is that generally speaking s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of "liberty". There are other provisions in the *Charter* that perform that function.

Moreover, at p. 512 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, I also pointed out the close connection between ss. 8 to 14 and s. 7, in that they deal with specific infringements of the right to life, liberty and security of the person which offend the principles of fundamental justice and which therefore violate s. 7. These sections are therefore intended to illustrate, although not exhaustively, certain parameters of the nature of the rights protected by s. 7, which is a more general provision. Not only do these sections refer clearly and directly to various phases and aspects of the criminal justice process, which is the ultimate example of a system for depriving a person of liberty or limiting his or her liberty, but they also appear under the heading "Legal Rights".

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. examined the role of headings in interpreting the *Charter*. He concluded, at pp. 376-77:

établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. Je dis ici dans la majorité des cas parce que je reconnais, comme le mentionne le professeur Eric Colvin, à la p. 584 de son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, qu'il est possible d'envisager des circonstances limitées où l'individu pourra être privé de sa liberté autrement que par l'application du droit criminel ou pénal. À titre d'exemple, le professeur Colvin mentionne les procédures civiles permettant de détenir une personne souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux. Quoi qu'il en soit, le principe qu'il faut à mon avis retenir est que, d'une façon générale, l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de «liberté». D'autres dispositions de la *Charte* assurent cette fonction.

Par ailleurs, je souligne également, à la p. 512 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le lien étroit entre les art. 8 à 14 et l'art. 7, en ce qu'ils visent des atteintes spécifiques aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Sans être limitatifs, ces articles doivent donc illustrer certains paramètres de la nature des droits protégés par la disposition plus générale qu'est l'art. 7. Or, non seulement ces articles visent-ils clairement et directement différents aspects et phases du processus de justice criminelle, système par excellence pour priver ou limiter la liberté, mais encore sont-ils chapeautés de la rubrique «Garanties juridiques».

Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a examiné le rôle des rubriques dans l'interprétation de la *Charte*. Il conclut, aux pp. 376 et 377:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. . . .

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. [Emphasis added.]

25

The *Charter* includes a body of headings which, in my view, make it not only easier to read but also to separate and group its various elements. Thus we have the headings "Guarantee of Rights and Freedoms" (s. 1), "Fundamental Freedoms" (s. 2), "Democratic Rights" (ss. 3 to 5), "Mobility Rights" (s. 6), "Legal Rights" (ss. 7 to 14), "Equality Rights" (s. 15) and so on. The close relationship between the terminology used in the various headings and the substance of the provisions that follow each heading indicates, first, that the framers of the *Charter* clearly had in mind creating different categories of rights and freedoms, and second, that the meaning, scope and nature of the rights set forth must be different. Accordingly, we note that two headings, "Fundamental Freedoms" and "Mobility Rights" ("*Liberté de circulation et d'établissement*" in the French version), refer specifically to "freedom" in the sense of the ability of every individual to choose, act or "be" as he or she sees fit, free of any constraints. The other headings refer to different categories of rights.

26

Not only are the freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental grouped under a single heading, but they are also found within a single section (s. 2) which enumer-

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit. . . .

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. [Je souligne.]

La *Charte* comprend un ensemble de rubriques qui, à mon sens, permettent non seulement d'en faciliter la lecture mais également d'en séparer et regrouper les divers éléments. Ainsi retrouve-t-on les rubriques «Garantie des droits et libertés» (article premier), «Libertés fondamentales» (art. 2), «Droits démocratiques» (art. 3 à 5), «Liberté de circulation et d'établissement» (art. 6), «Garanties juridiques» (art. 7 à 14), «Droits à l'égalité» (art. 15), etc. Le rapport étroit entre la terminologie des différentes rubriques et le contenu des dispositions qui suivent chacune d'elles indique, d'une part, que les rédacteurs de la *Charte* ont clairement envisagé de créer différentes catégories de droits et libertés et, d'autre part, que le sens, la portée et la nature des droits énoncés doivent être différents. On remarque dès lors que deux rubriques, soit «Libertés fondamentales» et «Liberté de circulation et d'établissement», visent spécifiquement la «liberté» au sens de la faculté qu'a l'individu de choisir, d'agir, ou «d'être» comme il l'entend, en l'absence de toute contrainte. Les autres rubriques visent différentes catégories de droits.

Les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte* sont non seulement regroupées sous une même rubrique, mais également contenues à l'intérieur d'un même arti-

ates them in general terms that allow for inclusion of a great diversity of more specific "freedoms" reflecting the fundamental values of our society. Under s. 1, these freedoms are "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". The language of s. 2 also clearly indicates that it is intended to be exhaustive. It does not provide that "Everyone has the following fundamental freedoms, in particular", it states that "Everyone has the following fundamental freedoms" (emphasis added).

With great respect for the contrary opinion, I am unable to believe that the framers would have limited the types of fundamental freedoms to which they intended to extend constitutional protection in such explicit terms, in s. 2, and then, in s. 7, conferred "general" protection by using a generic expression which would, unless its meaning were limited, include the freedoms already protected by ss. 2 and 6, as well as all freedoms that were not listed. This approach is clearly contrary to the principles of legislative drafting that require that a general provision be placed before the provisions for its specific application. Moreover, if s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, we might seriously question the need for and purpose of s. 2. Either it is redundant, or s. 7 should then be considered to be a residual provision so that we can make up for anything that Parliament may have left out.

With due respect for Wilson J., I believe that her reasons in *Jones* and *Morgentaler* reveal the difficulty caused by this approach. First, at p. 319 of the decision in *Jones*, she concluded that s. 7 includes the right of a parent to bring up and educate one's children in accordance with one's conscientious beliefs. Section 2(a) of the *Charter* itself expressly protects freedom of conscience and religion. Second, in *Morgentaler*, she concluded that s. 251 of the *Criminal Code* infringes the right

cle (art. 2) qui les énumère dans des termes généraux qui permettent d'y inclure une grande diversité de «libertés» plus spécifiques reflétant les valeurs fondamentales de notre société. Aux termes de l'article premier, ces libertés «ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'article 2 est également rédigé dans des termes qui indiquent clairement son caractère limitatif. Il ne prévoit pas que «Chacun a, notamment, les libertés fondamentales suivantes», il énonce que «Chacun a les libertés fondamentales suivantes» (je souligne).

En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis incapable de me convaincre que les rédacteurs ont pu, à l'art. 2, limiter dans des termes aussi explicites les types de libertés fondamentales auxquels ils entendaient assurer une protection constitutionnelle pour ensuite accorder, à l'art. 7, une protection «générale» par l'utilisation d'un terme générique qui, à moins d'en restreindre le sens, inclurait de toute évidence les libertés déjà protégées par les art. 2 et 6, de même que toutes celles qui n'ont pas été énumérées. Cette façon de faire va clairement à l'encontre des principes de rédaction législative qui commandent qu'une disposition générale soit placée devant ses dispositions d'application particulière. Par ailleurs, si l'art. 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. Ou bien il s'agit d'une redondance, ou bien l'art. 7 devrait alors être considéré comme une disposition résiduaire permettant de palier aux oublis du législateur.

En toute déférence pour le juge Wilson, je crois que ses motifs dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler* font ressortir la difficulté que soulève cette approche. D'une part, elle conclut, à la p. 319 de l'arrêt *Jones*, que l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Or, l'alinéa 2a) de la *Charte* protège explicitement la liberté de conscience et de religion. D'autre part, elle conclut, dans l'arrêt *Morgentaler*, que l'art. 251 du *Code*

to liberty set out in s. 7 which guarantees everyone a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, and she then stated, at pp. 175-76:

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(a) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of conscience. [Emphasis added.]

29 She therefore concluded, for the same reasons but using different words, that s. 251 of the *Code* also violated the freedom of conscience protected by s. 2(a). Finally, at pp. 179-80, she added:

Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. . . .

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. [Emphasis added.]

30 With due respect for the contrary opinion, these comments clearly show, in my view, the practical difficulty that arises from this interpretation. In any situation that could potentially fall within the ambit of s. 2, that same freedom would also be covered by s. 7. For example, we may ask what the legal solution would have been if, in *Jones*, the appellant had argued that the impugned legislative provisions violated his freedom of conscience, which is protected by s. 2(a), and his parental liberty, which is protected by s. 7. This situation would mean not only that the legislative foundation would be duplicated, but also that two distinct levels of analysis would have to be applied to assess the justification for the restriction that would render the impugned legislation valid. I do

criminel porte atteinte au droit à la liberté énoncé à l'art. 7 qui garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée puis, elle affirme, aux pp. 175 et 176:

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. [Je souligne.]

Elle conclut donc, pour les mêmes motifs mais en utilisant d'autres mots, que l'art. 251 du *Code* viole également la liberté de conscience protégée par l'al. 2a). Elle ajoute enfin, aux pp. 179 et 180:

Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. . . .

Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. [Je souligne.]

En toute déférence pour l'opinion contraire, ces énoncés démontrent bien, à mon avis, la difficulté pratique que pose une telle interprétation. Dans toute situation relevant potentiellement du champ d'application de l'art. 2, cette même liberté serait également visée par l'art. 7. Par exemple, on peut se demander quelle aurait été la solution juridique si, dans l'affaire *Jones*, l'appelant avait allégué que les dispositions législatives contestées violaient sa liberté de conscience protégée par l'al. 2a) et sa liberté parentale protégée par l'art. 7. Cette situation engendrerait non seulement un dédoublement du fondement législatif mais également l'application concurrente de deux niveaux d'analyse distincts quant à la justification de la restriction pour valider la législation attaquée. Je ne crois pas que

not believe that this could have been Parliament's intention when it enacted ss. 2 and 7.

Others may try to explain this situation by arguing that s. 2, unlike s. 7, applies solely to the freedoms set out therein and differs from s. 7 in that it says nothing about the principles of fundamental justice applying so that an infringement of those freedoms may be legitimized. First, this is forgetting the existence of s. 1 which, to a large extent, plays a role equivalent to the role played by the principles of fundamental justice in s. 7: it circumscribes the extent to which the state may take action to limit the rights and freedoms protected. It is also forgetting that in most circumstances it is practically impossible to establish a relationship between the principles of fundamental justice and the type of freedoms listed in s. 2, other than by restricting the protection to circumstances in which it is appropriate. For example, the appellants in the case at bar argued that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* that allow for temporary legal custody of their child to be awarded to the Children's Aid Society violate their freedom of religion. In view of the fact that the statute provides that judicial authorization must first be obtained, it would be possible, in this precise context, to examine whether the infringement of freedom of religion complied with the principles of fundamental justice. But what principles of fundamental justice could be invoked, for example, if a statute limited freedom of expression by banning, on pain of payment of a fine, any statement concerning a member of a political body? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute banned, on pain of payment of a fine, any manifestation of religious convictions in a public place? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute compelled me to have at least three children so that Canada would have its next generation – and so on? In these situations, the protected freedoms would indeed be violated, but clearly it is possible to imagine a host of circumstances in which it would be difficult to draw any connection whatever with the principles of fundamental justice in order to determine whether the infringement was lawful. Accordingly, it is apparent that this role has necessarily fallen to s. 1

telle ait pu être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté les art. 2 et 7.

D'autres pourront tenter d'expliquer cet état de choses en soutenant que, contrairement à l'art. 7, l'art. 2 s'applique uniquement aux libertés qui y sont énoncées et diffère de l'art. 7 en ce qu'il ne fait aucune référence aux principes de justice fondamentale pour permettre de légitimer une atteinte à ces libertés. C'est d'abord oublier la présence de l'article premier qui, dans une large mesure, assure un rôle équivalent à celui que jouent les principes de justice fondamentale à l'art. 7, soit celui de circonscrire la mesure dans laquelle l'État peut intervenir pour restreindre les droits et libertés protégés. C'est également oublier que, dans la plupart des circonstances, il est pratiquement impossible d'établir un lien entre les principes de justice fondamentale et le type de libertés énumérées à l'art. 2, si ce n'est en restreignant la protection aux circonstances qui s'y prêtent. Par exemple, les appelants allèguent en l'espèce que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, qui permettent d'accorder la garde légale temporaire de leur enfant à la Children's Aid Society, violent leur liberté de religion. Compte tenu du fait que la loi prévoit qu'une autorisation judiciaire doit être préalablement obtenue, il serait possible, dans ce contexte précis, d'examiner si l'atteinte à la liberté de religion est conforme aux principes de justice fondamentale. Mais, par exemple, quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi restreignait la liberté d'expression en interdisant, sous peine d'amende, toute déclaration concernant un membre d'un corps politique? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi interdisait, sous peine d'amende, toute forme de manifestation de convictions religieuses dans un endroit public? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi m'obligeait à avoir au moins trois enfants pour assurer la relève canadienne, etc.? Dans ces situations, les libertés protégées seraient certes violées mais l'on constate qu'il est possible d'imaginer une multitude de circonstances dans lesquelles il serait difficile de faire quelque lien que ce soit avec les principes de justice fondamentale pour vérifier la légitimité de l'atteinte. On

of the *Charter* and that it is difficult not to conclude that the subject matter of s. 2 and of s. 7, as reflected in the different dimensions of "liberty" that each is designed to protect, is quite obviously different. Moreover, since the fundamental freedoms set out in s. 2 are formulated in terms that refer to sufficiently broad concepts, it is reasonable to think that the framers of the *Charter* did not intend to make the right to liberty in s. 7 a residual right that could include any component of the fundamental freedoms set out in s. 2.

constate dès lors que ce rôle est nécessairement dévolu à l'article premier de la *Charte* et qu'il est difficile de ne pas conclure que les art. 2 et 7 visent manifestement des réalités distinctes qui se reflètent au niveau des différentes dimensions du terme «liberté» que chacun est destiné à protéger. Par ailleurs, les libertés fondamentales énoncées à l'art. 2 étant formulées dans des termes visant des concepts suffisamment larges, il est raisonnable de penser que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas entendu faire du droit à la liberté de l'art. 7 un droit résiduaire susceptible d'inclure tout démentement des libertés fondamentales énoncées à l'art. 2.

32

This approach, which aims to include in s. 7 any freedom that is deemed to be fundamental in a free and democratic Canadian society, also presents a major disadvantage in terms of the actual nature of the freedom that may be invoked, since all the freedoms that have already been identified as fundamental by the framers and set out in s. 2 could and should be included in the "liberty" protected by s. 7. Since, moreover, they are set forth in terms that are capable of covering a very broad ground, the same would be true of all the components or manifestations of those various rights. Thus everyone would have not only the fundamental freedom of religion, conscience, expression and so on, but also the "right to liberty" of religion, of conscience, of expression and so on.

Cette approche tendant à inclure dans l'art. 7 toute liberté jugée fondamentale dans une société canadienne libre et démocratique présente également un inconvénient majeur au niveau de la qualification même de la liberté qui peut être invoquée, puisque toutes les libertés déjà qualifiées de fondamentales par les rédacteurs et énoncées à l'art. 2 pourraient et devraient être incluses dans «la liberté» protégée par l'art. 7. Étant par ailleurs énoncées en des termes susceptibles d'un vaste contenu, il en serait de même de toutes les composantes ou manifestations de ces différents droits. Ainsi, chacun aurait non seulement la liberté fondamentale de religion, de conscience, d'expression, etc., mais également «droit à la liberté» de religion, de conscience, d'expression, etc.

33

I am still convinced that s. 7 is not a tautology, particularly because it adds two distinct rights that are not set out anywhere else in the *Charter* and that are not in any way connected with what are called fundamental freedoms. In my view, the nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Section 7 provides that everyone has the right to life, liberty and security of the person. As I noted earlier, these are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision. There must therefore be a connection or linkage among these different rights. In my opinion, the connection is found in the person him-

Je demeure convaincu que l'art. 7 n'est pas tautologique, d'autant plus qu'il ajoute deux droits distincts, énoncés nulle part ailleurs dans la *Charte*, et qui n'ont aucun lien avec les libertés dites fondamentales. À mon avis, la nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. L'article 7 édicte que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition. Il doit donc exister un lien ou un point commun entre ces différents droits. À mon avis, le point de rattachement se

self or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement.

I agree with my colleague La Forest J. that the word "liberty" in its broadest sense does not mean the mere absence of physical restraint. In French, this word certainly includes two distinct dimensions, the physical and the abstract or intangible. These two dimensions are reflected in ss. 7 and 2, respectively, of the *Charter*, the English version of which uses the words "liberty" and "freedom". With due respect for the contrary opinion, I am of the opinion that the fact that two different expressions are used in the English version is neither meaningless nor accidental. The expression "freedom" refers to a concept that is related to but distinct from the expression "liberty", but it has no equivalent in French, where the two dimensions are expressed in one single word: "*liberté*". The meaning is then determined by the context.

Moreover, since most laws have the effect of limiting a freedom, the same approach could mean, depending on the facts, that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe the liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice which, as I noted, often do not apply, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. We must keep in mind, first, that what may be important and fundamental to one person may very well not be to another, including the judge who hears the case, and second, that by adopting this approach the judiciary would inevitably be legis-

située au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que le terme «liberté», dans son sens le plus large, ne s'entend pas simplement de l'absence de contrainte physique. Ce terme, dans la langue française, inclut certainement deux dimensions distinctes, les dimensions physique et abstraite ou intangible. Ces deux dimensions se reflètent respectivement dans les art. 7 et 2 de la *Charte* qui, dans sa version anglaise, utilise les termes «*liberty*» et «*freedom*». En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'utilisation de deux termes différents dans la version anglaise n'est pas sans signification, ni le fruit du hasard. Le terme «*freedom*» vise un concept apparenté mais distinct de celui de «*liberty*», mais il n'a cependant pas d'équivalent dans la langue française où les deux dimensions s'expriment par un seul et même mot: «liberté». Le sens est alors déterminé par le contexte.

Par ailleurs, puisque la plupart des lois ont pour effet de restreindre une liberté, cette même approche pourrait signifier, dans les faits, qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale qui, je le rappelle, ne trouveront souvent aucune application, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, l'on doit garder à l'esprit, d'une part, que ce qui peut être important et fondamental pour l'un peut très bien ne pas l'être pour l'autre, notamment pour le juge qui entend la

lating, when this is not its function. With respect, I believe that this situation does not reflect the purpose of the *Charter* or of s. 7, or the intention of Parliament.

cause et, d'autre part, que l'adoption de cette approche amènerait inévitablement le pouvoir judiciaire à légiférer alors que tel n'est pas son rôle. En toute déférence, je crois que cette situation ne reflète ni l'objet de la *Charte*, ni celui de l'art. 7, ni l'intention du législateur.

36

To summarize my opinion, I would simply say that extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom other than that which is connected with the physical dimension of the word "liberty" would not only be contrary to the structure of the *Charter* and of the provision itself, but would also be contrary to the scheme, the context and the manifest purpose of s. 7. Furthermore, it would have the effect of conferring *prima facie* constitutional protection on all eccentricities expressed by members of our society under the rubric of "liberty", in addition to taking away all legitimacy or purpose from other provisions of the *Charter* such as s. 2 or s. 6, for example, since they would be redundant. It seems apparent to me that this cannot be the purpose of s. 7, or of the *Charter* itself, which is a constitutional instrument. It must also be clearly understood that this approach would inevitably lead to a situation where we would have government by judges. This is not the case at present, but I would emphasize again that it must not become the case.

Pour résumer ma pensée, je dirai simplement qu'élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté autre que celle qui se rattache à la dimension physique du terme «liberté» irait à l'encontre non seulement de la structure de la *Charte* et de la disposition elle-même mais également à l'encontre de l'économie du contexte et de l'objet manifeste de l'art. 7. Qui plus est, cela aurait pour effet d'accorder une protection constitutionnelle *prima facie* à toutes les excentricités véhiculées sous le vocable de «liberté» par les membres de notre société, en plus de retirer toute légitimité ou raison d'être à d'autres dispositions de la *Charte* tels les art. 2 ou 6, par exemple, puisqu'ils seraient redondants. Il m'apparaît évident que tel ne peut être l'objet de l'art. 7, ni même celui du document constitutionnel qu'est notre *Charte*. Il faut également bien comprendre que cette approche aboutirait inévitablement à une situation de gouvernement par les juges. Ce n'est pas le cas présentement, mais j'insisterais de nouveau pour dire que cela ne doit pas le devenir non plus.

37

Finally, I would add the following brief comments. First, there may be those who may believe that I am trying, by what may appear an overly restrictive interpretation, to limit the ambit of s. 7 and that I risk closing the door on the possible adaptation of the values and principles expressed by the *Charter* to society's future realities and aspirations. I shall simply note that while I am limiting the scope of the "right to liberty" to its essentially physical dimension, which is at issue primarily, but surely not exclusively, in the criminal justice system, this right may cover a multitude and variety of situations. Most statutes interfere with individual liberty and most are enforced by sanctions imposed after conviction for federal or provincial offences. Where a statute does not make it an offence to contravene its provisions, s. 126(1)

J'ajouterai enfin les brefs commentaires suivants. D'abord, certains pourront croire que je tente, par mon interprétation qui peut paraître trop restrictive, de limiter le champ d'application de l'art. 7 et que je risque de fermer la porte aux possibilités d'adaptation des valeurs et principes véhiculés par la *Charte* à la réalité et aux aspirations de la société de demain. Je mentionnerai simplement que, quoique je limite la portée du «droit à la liberté» à sa dimension essentiellement physique, laquelle est mise en cause principalement, mais sûrement pas seulement, par le système de justice criminelle, ce droit peut viser une multitude et une variété de situations. En effet, la plupart des lois touchent à la liberté individuelle et la plupart d'entre elles sont mises en application au moyen de sanctions imposées à la suite d'une déclaration

of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The circumstances in which the state may take action to deprive a person of liberty occur often enough and are diverse enough that we can appreciate the importance of the rights protected by s. 7 of the *Charter* and understand that provision's obvious purpose.

The approach that I am adopting also appears to me to be supported by the international human rights instruments on which the framers of our *Charter* drew extensively. On October 6, 1980, in the Debates of the House of Commons (at p. 3285), the Minister of Justice, Jean Chrétien, stated:

Sections 7 to 14 of the Charter set out basic legal rights of Canadians. Some of these rights derive from the Canadian Bill of Rights and some are new. Of the latter, some derive from the International Covenant on Civil and Political Rights. [Emphasis added.]

Article 9(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, reads as follows:

Article 9. 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

With the exception of the fact that this article does not set forth the right to life (which is provided for in art. 6 of the Covenant), this passage is strikingly similar to what we find in s. 7 of our *Charter*. If we consult selected decisions of the Human Rights Committee we find that this article has been

de culpabilité d'infraction à une loi fédérale ou provinciale. Lorsque la loi ne prévoit aucune infraction pour une contravention à ses dispositions, le par. 126(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit:

126. (1) À moins qu'une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

Les circonstances dans lesquelles l'État peut intervenir pour priver une personne de sa liberté sont suffisamment fréquentes et diversifiées pour permettre d'apprécier l'importance des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte* et de comprendre l'objet manifeste de cette disposition.

L'approche que j'adopte m'apparaît également appuyée par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme dont les rédacteurs de notre *Charte* se sont largement inspirés. Le 6 octobre 1980, dans les débats de la Chambre des communes (à la p. 3285), le ministre de la Justice Jean Chrétien disait:

Les articles 7 à 14 de la Charte énoncent les garanties juridiques des Canadiens. Certains de ces droits découlent de la Déclaration canadienne des droits adoptés à la Chambre par le très honorable M. Diefenbaker, et certains sont nouveaux. Parmi ces derniers, certains proviennent du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [Je souligne.]

Or, le par. 9(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, se lit de la façon suivante:

Article 9. 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

À l'exception du fait que cet article n'énonce pas le droit à la vie (celui-ci est prévu à l'art. 6 du Pacte), ce texte s'apparente remarquablement à celui que l'on trouve à l'art. 7 de notre *Charte*. La consultation de décisions sélectionnées du Comité des droits de l'homme démontre que cet article a

invoked in cases of allegedly unlawful arrest, detention, imprisonment, mistreatment and torture. I have not found any decision that raised any question other than a violation of the physical dimension of the person. Moreover, art. 5(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, also sets forth the right to liberty and security of the person. The provisions of the various paragraphs of that article indicate unequivocally that "physical liberty" alone is contemplated by this provision, as is confirmed by an examination of a few decisions of the European Court of Human Rights. Other instruments relating to human rights that set forth a right to liberty and security of the person are to the same effect (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1 and 25). For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to art. 9 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* or art. 5 of the *European Convention on Human Rights*. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the *Charter* may have intended to give to the expression "right to liberty" in the context of s. 7.

été invoqué dans des cas d'arrestation présumé-ment illégale, de détention, d'emprisonnement, de mauvais traitements et de torture. Je n'ai repéré aucune décision soulevant autre chose qu'une atteinte à la dimension physique de la personne. Par ailleurs, le par. 5(1) la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, énonce également le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Les différentes dispositions que contient cet article indiquent sans équivoque qu'il vise seulement la «liberté physique», ce que confirme l'examen de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autres textes relatifs aux droits de l'homme énonçant un droit à la liberté et à la sécurité de la personne vont dans le même sens (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, art. 1 et 25). Je ne prétends aucunement, pour les fins du présent pourvoi, fonder ma conclusion sur l'interprétation qui est donnée à l'art. 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni sur celle de l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Je suis pleinement conscient de la valeur relative de ce qui précède mais je crois néanmoins qu'il y a là, à tout le moins, une indication supplémentaire de la portée que les rédacteurs de la *Charte* ont pu entendre donner à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7.

39

Finally, but without stating an opinion on the question, I would note, with respect, that I would be much more receptive to the appellants' argument and my colleague's reasons concerning the constitutional protection of parental rights if it had been argued that this right, or the freedom to make choices for our children, was protected by the freedom of conscience guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. As Dickson J. stated so aptly, at p. 346 of *Big M Drug Mart Ltd.*, it is precisely the rights associated with freedom of individual conscience that are central "both to basic beliefs about human

Enfin, sans toutefois me prononcer sur la question, je mentionnerais, en toute déférence, que je serais beaucoup plus réceptif à l'argumentation des appelants et aux motifs de mon collègue concernant la protection constitutionnelle des droits parentaux si l'on avait fait valoir que ce droit, ou la liberté de faire des choix pour nos enfants, était protégé par la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Comme le dit si bien le juge Dickson à la p. 346 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, ce sont précisément les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle qui «se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de

worth and dignity and to a free and democratic political system ...”.

Disposition

I am therefore of the opinion that the appeal should be dismissed on the ground that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not violate the appellants' freedom of religion or their “parental rights” or, more precisely, their right to choose (or refuse) medical treatment for their child, since such a right is not protected by s. 7 of the *Charter*.

I would dispose of the cross-appeal in the manner proposed by my colleague La Forest J.

The judgment of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises the constitutionality of state interference with child-rearing decisions. The appellants are parents who argue that the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, infringes their right to choose medical treatment for their infant in accordance with the tenets of their faith. They claim that this right is protected under both ss. 7 and 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

Sheena B. was born four weeks prematurely, on June 25, 1983. Soon after, she was transferred to the Hospital for Sick Children in Toronto because of her physical condition. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments. Her parents, the appellants, consented to all the treatments provided during those initial weeks. At their request, the attending physicians avoided the use of a blood transfusion in the treatment of Sheena because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary.

l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique ...»

Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne violent ni la liberté de religion des appelants, ni leur «droits parentaux» ou, plus précisément, leur droit de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leur enfant, tel droit n'étant pas protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi incident de la manière proposée par mon collègue le juge La Forest.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'intervention de l'État dans les décisions relatives à l'éducation d'un enfant. Les appelants sont des parents qui font valoir que la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66, porte atteinte à leur droit de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme aux dogmes de leur foi. Ils soutiennent que ce droit est protégé par l'art. 7 et l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. Elle a peu après été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto en raison de son état physique. Au cours des premières semaines qui ont suivi sa naissance, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques. Ses parents, les appelants, ont consenti à tous les traitements qui lui ont été administrés pendant ces premières semaines. Ils ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine pour traiter Sheena, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire.

44

On July 30, the child's haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, following a hearing on short notice to the appellants, Judge Main of the Ontario Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship, on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. A status review was held on August 3, but was adjourned; it resumed on August 18 and 19. Dr. Pape and Dr. Swyer both testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. Dr. Morin, head of ophthalmology at the Hospital for Sick Children, testified that he suspected Sheena had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and Dr. Swyer testified that a blood transfusion would be necessary. Main Prov. Ct. J. extended the wardship order for a period of 21 days: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. On August 23, Sheena received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma.

Le 30 juillet, le taux d'hémoglobine de l'enfant a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet, à la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, le juge Main de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a accordé à l'intimée, la Children's Aid Society (la «société d'aide à l'enfance»), une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Une instance en révision du statut de l'enfant a été tenue le 3 août, puis ajournée. Elle a repris le 18 août et s'est poursuivie le lendemain. Les Drs Pape et Swyer ont tous deux témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le Dr Morin, chef du département d'ophtalmologie du Hospital for Sick Children, a témoigné qu'il redoutait que Sheena soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et le Dr Swyer a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. Le juge Main a prolongé la tutelle pour une période de 21 jours: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Le 23 août, Sheena a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté.

45

A second Provincial Court order terminated the respondent's wardship on September 15, and the child was returned to her parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Both orders of the Provincial Court were appealed to the District Court by the appellants. The respondent Children's Aid Society countered with a motion to dismiss which was allowed on the grounds that the transfusion had been administered and the wardship terminated, thereby leaving no *lis* between the parties, and that the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act*,

Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a mis fin à la tutelle de l'intimée, le 15 septembre, et l'enfant a été rendue à ses parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances de la Cour provinciale, devant la Cour de district. La société d'aide à l'enfance intimée a répliqué au moyen d'une requête en rejet d'appel, qui a été accueillie pour le motif, d'une part, que plus aucun litige n'opposait les parties étant donné que la transfusion avait été administrée et que la tutelle avait pris fin, et, d'autre part, que toute la question était devenue

1984, S.O. 1984, c. 55, thus rendering the whole issue moot: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

On an appeal to the Court of Appeal, that court held that the District Court had erred in so holding as there remained the issues of interference with the rights of the parents in determining their child's medical treatment, and of the constitutionality of the *Child Welfare Act*. These issues were referred back to the District Court and a hearing of the appeal, including the constitutional questions, was ordered on the merits: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. The District Court dismissed the appellants' appeal from the Provincial Court on the merits: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. The court awarded costs against the respondent Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed. The respondent Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs was also dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

The Courts Below

Provincial Court, Family Division (Wardship Application, July 31, 1983)

At the initial wardship application hearing, Main Prov. Ct. J. was concerned with the issue of whether the increase in the child's haemoglobin level following a transfusion would, as was the opinion of Dr. Perlman, reduce the risk of fatal congestive heart failure or pulmonary deficiency in the event of a crisis. Main Prov. Ct. J. observed:

I believe that the decision for this must lie with the court, not with the Children's Aid Society nor the parents. It is the decision of this court this afternoon that the rights of the parents are going to be subject to the rights of the child, and that the choices and decisions to be made will, for a very short period of time, be left in the hands of persons other than the parents. This is a very serious step and one not taken lightly and one not

théorique du fait que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

En appel, la Cour d'appel a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en tirant cette conclusion puisque la question de l'intervention dans les droits des parents de décider quels traitements médicaux seront administrés à leur enfant, et celle de la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* demeuraient entières. Ces questions ont été renvoyées à la Cour de district et une audition au fond a été ordonnée notamment sur les questions constitutionnelles: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. La Cour de district a rejeté l'appel au fond des appelants contre les ordonnances de la Cour provinciale: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. La cour a condamné aux dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, qui était intervenu dans l'instance. Les appelants ont été déboutés en Cour d'appel. L'appel incident de l'intimé, le procureur général de l'Ontario, sur la question des dépens a également été rejeté, le juge Houlden étant dissident: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

Les juridictions inférieures

Cour provinciale, Division de la famille (demande de tutelle, 31 juillet 1983)

Lors de la première audition sur la demande de tutelle, le juge Main de la Cour provinciale s'est demandé si l'augmentation du taux d'hémoglobine de l'enfant obtenue grâce à une transfusion réduirait, comme l'affirmait le Dr Perlman, le risque d'une insuffisance cardiaque globale ou d'une déficience pulmonaire en cas de crise. Le juge Main s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] J'estime qu'il appartient à la cour et non à la société d'aide à l'enfance, ou aux parents, de prendre une décision à cet égard. Notre cour conclut, cet après-midi, que les droits des parents seront assujettis aux droits de l'enfant, et qu'il appartiendra, pendant une très brève période, à des personnes autres que les parents de faire les choix et de prendre les décisions qui s'imposent. Il s'agit là d'une mesure très importante qui

taken automatically, as I must be satisfied, and I am. I have seen stronger cases on behalf of the Society than this one, but on the balance of probabilities and despite the number of positive things in favour of the parents' case, I am going to make the order.

ne doit pas être prise à la légère, ni automatiquement; je dois être convaincu, et je le suis. La société a cité des causes plus convaincantes que celle-ci, mais selon la prépondérance des probabilités et en dépit des nombreux points positifs en faveur de la prétention des parents, je vais rendre l'ordonnance.

48

Main Prov. Ct. J. awarded wardship to the Children's Aid Society for 72 hours rather than the 30-day period requested. This order was made in light of the fact that the appellants had received short notice of the hearing; Main Prov. Ct. J. wanted to give them the opportunity to present further evidence and submissions.

Le juge Main a confié la tutelle de l'enfant à la société d'aide à l'enfance pour 72 heures plutôt que pour la période de 30 jours demandée. Ce faisant, il a tenu compte du fait que les appelants avaient été avisés de la tenue de l'audition à la dernière minute; le juge Main souhaitait leur offrir la possibilité de présenter d'autres éléments de preuve et arguments.

Provincial Court, Family Division (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

Cour provinciale, Division de la famille (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

49

Main Prov. Ct. J. considered a significant amount of evidence over a two-day hearing before ordering that the wardship be continued for a period of 21 days. The appellants chose not to call any expert witnesses although they testified themselves and their counsel cross-examined the respondent's witnesses.

Le juge Main a examiné une grande quantité d'éléments de preuve pendant une audience de deux jours, avant d'ordonner que la tutelle soit maintenue pour une période de 21 jours. Les appelants ont choisi de n'appeler aucun témoin expert, bien qu'ils aient eux-mêmes témoigné et que leur avocat ait contre-interrogé les témoins de l'intimée.

50

Main Prov. Ct. J. reviewed the current medical status of Sheena, whom he found to be still in a critical condition and requiring a high level of intensive care. He noted that she continued to suffer from serious but undiagnosed problems and that she risked suffering several types of crises. He stated in particular that "[t]he thing which is of concern and for which there is not one single shred of evidence in contradiction is that should a crisis occur, it could be less than 30 minutes before the child is dead" (p. 75). Should such a situation arise, doctors would have needed to be able to react immediately in order to save the infant's life.

Le juge Main a examiné l'état de santé de Sheena qui, à son avis, était toujours critique et nécessitait des soins intensifs accentués. Il a fait remarquer qu'elle souffrait encore de problèmes graves mais non diagnostiqués, et qu'elle risquait d'être victime de plusieurs formes de crises. Il a affirmé, notamment, qu'[TRADUCTION] «[u]n fait demeure important, et il n'y a pas le moindre élément de preuve qui le contredise, c'est que si une crise devait survenir, l'enfant pourrait mourir en moins de 30 minutes» (p. 75). Si une telle situation s'était présentée, les médecins auraient dû être en mesure de réagir immédiatement pour sauver la vie de l'enfant.

51

Main Prov. Ct. J. recognized that there was a heavy onus upon the respondent to establish the need for intervention in violation of parental rights. He held that this onus had been met, and

Le juge Main a reconnu que l'intimée devait s'acquitter du lourd fardeau d'établir la nécessité d'une intervention violant les droits des parents. Il a conclu que l'intimée s'était acquittée de ce far-

that state intervention in the family was "absolutely essential" (p. 77). He added, at p. 78:

It is my firm opinion that the court does not have to wait until the situation gets to the stage where the parents wish to deny the child any medical assistance, as has been submitted.

Main Prov. Ct. J. also expressed the desire that the appellants be permitted to seek a second opinion before the transfusion and the eye examination.

District Court of Ontario

In the District Court, the appellants argued that s. 19(1)(b)(ix) of the Act was loosely worded so as to delegate to a doctor, rather than a judge, the decision as to whether a child is in need of protection. Whealy Dist. Ct. J. disagreed and noted specifically the way in which the section was interpreted by the judge at first instance: Main Prov. Ct. J. placed the civil onus on the state and only granted a restricted order; he also allowed a delay so that the appellants could present medical evidence.

With respect to s. 2(a) of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. held that the Act, which originated from a statute first adopted in 1927, was not aimed at Jehovah's Witnesses since they have only refused blood transfusions on grounds of religious principles since 1945. On that basis and relying on case law, he concluded that the purpose of the legislation did not infringe s. 2(a) of the *Charter*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. decided the following:

When an infant, totally incapable of making any decision, is in a life threatening situation and the appropriate treatment is denied or refused by its parents, it cannot be said that any potential protection as given under section 7 for the family unit can be invoked against the right of the infant to live. Section 7 addresses itself also to "the principles of fundamental justice". It can hardly be said

deau et que l'intervention de l'État dans la famille était [TRADUCTION] «absolument essentielle» (p. 77). Il ajoute ceci, à la p. 78:

[TRADUCTION] Je crois fermement que la cour n'est pas tenue d'attendre que la situation en vienne au point où les parents souhaitent refuser à l'enfant toute assistance médicale, comme on l'a soumis.

Le juge Main a également exprimé le souhait que les appelants soient autorisés à demander une seconde opinion avant la transfusion et l'examen des yeux.

Cour de district de l'Ontario

Devant la Cour de district, les appelants ont fait valoir que le sous-al. 19(1)b)(ix) de la Loi était rédigé en des termes généraux de façon à déléguer à un médecin, plutôt qu'à un juge, la tâche de décider si l'enfant a besoin de protection. Écartant cet argument, le juge Whealy a souligné précisément la façon dont le juge de première instance avait interprété cette disposition: le juge Main de la Cour provinciale a imposé le fardeau civil à l'État et n'a accordé qu'une ordonnance limitée; il a également accordé un délai afin de permettre aux appelants de soumettre une preuve médicale.

En ce qui concerne l'al. 2a) de la *Charte*, le juge Whealy a conclu que la Loi, qui émanait d'un texte de loi adopté pour la première fois en 1927, ne visait pas les témoins de Jéhovah puisque ce n'est que depuis 1945 qu'ils refusent les transfusions sanguines pour des raisons de principes religieux. Pour ce motif et se fondant sur la jurisprudence, il a conclu que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2a) de la *Charte*.

Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Whealy décide ceci:

[TRADUCTION] Lorsque la vie d'un enfant en bas âge, totalement incapable de prendre une décision, est en danger, et que ses parents refusent qu'on lui administre le traitement indiqué, on ne saurait dire que toute protection susceptible d'être accordée à la cellule familiale par l'article 7 peut être opposée au droit de vivre de l'enfant. L'article 7 mentionne également les «principes de

that the principles of fundamental justice could be invoked to deny a child a chance to live.

It is worth noting as well that the rights set out in section 7 are conditional and not absolute. The rights therein set out can be interfered with if done in accordance with the principles of fundamental justice. The scheme of the *Child Welfare Act*, in my view, meets all the tests of fundamental justice, including a fair hearing before an impartial judicial tribunal.

55 Whealy Dist. Ct. J. examined whether there was sufficient evidence before the trial judge to support the wardship order and held that Main Prov. Ct. J. "viewed it with appropriate care and caution, and that he applied the appropriate onus in making his decision".

56 Whealy Dist. Ct. J. also had to decide whether the evidence presented before him altered his conclusion. He heard evidence from Dr. Morin, who defended his 1983 diagnosis of glaucoma, and from Dr. McCormick, who believed there had been no urgent need for an eye examination. Whealy Dist. Ct. J. relied on the evidence of Dr. Morin, since four other doctors had agreed with his diagnosis of probable congenital glaucoma, and because he believed Dr. McCormick's suspicion was without foundation. He also heard from anesthesiologists and haematologists on the issue of whether a transfusion was necessary to undertake the surgery. He preferred the evidence of the respondents' witnesses that anaesthetic could not safely be administered without a transfusion, to that of Dr. Furman to the effect that general anaesthetic could have safely been administered without a transfusion by the use of haemo-dilution. The appellants presented evidence to show that there were inherent risks involved in using blood transfusions in the non-surgical treatment of Sheena, and that alternative treatments could have been used. However, Whealy Dist. Ct. J. accepted the evidence of Dr. Andrew-O'Brodovich that a transfusion was necessary given the risks of administering a general anaesthetic to a child with such a low haemoglobin level, and the evidence of Dr. Sinclair that, in the circumstances, no alternative to blood transfusions would have raised the

justice fondamentale». On ne saurait guère soutenir qu'il est possible de les invoquer pour refuser à un enfant la chance de vivre.

Il vaut également la peine de souligner que les droits énoncés à l'article 7 sont conditionnels et non absolus. Il peut y être porté atteinte conformément aux principes de justice fondamentale. L'économie de la *Child Welfare Act* satisfait, selon moi, à tous les critères de justice fondamentale, dont le droit à un procès équitable devant une cour de justice impartiale.

Le juge Whealy s'est demandé si le juge de première instance disposait d'une preuve suffisante pour justifier l'ordonnance de tutelle, et il a conclu que le juge Main [TRADUCTION] «a considéré [la preuve] avec tout le soin et la circonspection nécessaires, et qu'il a appliqué le fardeau approprié en prenant sa décision».

Le juge Whealy devait également déterminer si la preuve qui lui avait été soumise modifiait sa conclusion. Il a entendu le témoignage du Dr Morin, qui a défendu le diagnostic de glaucome qu'il avait posé en 1983, et celui du Dr McCormick qui était d'avis qu'il n'y avait eu aucun besoin urgent de procéder à un examen de la vue. Le juge Whealy s'est fondé sur le témoignage du Dr Morin, puisque quatre autres médecins avaient souscrit à son diagnostic de glaucome congénital probable, et parce qu'il croyait que les doutes du Dr McCormick étaient sans fondement. Il a également entendu des anesthésistes et des hématologistes sur la question de savoir s'il était nécessaire de procéder à une transfusion au cours de la chirurgie. Il a préféré les propos des témoins des intimés, selon lesquels l'anesthésie ne pouvait être pratiquée sans danger en l'absence d'une transfusion, au témoignage du Dr Furman, selon lequel une anesthésie générale aurait pu être pratiquée de façon sécuritaire sans transfusion au moyen de l'hémodilution. Par la preuve qu'ils ont soumise, les appelants ont tenté de démontrer que le recours à des transfusions sanguines dans le traitement non chirurgical de Sheena comportait des risques inhérents et que l'on aurait pu recourir à d'autres traitements. Cependant, le juge Whealy a accepté le témoignage du Dr Andrew-O'Brodovich suivant lequel une transfusion était nécessaire étant donné les risques que comporte une anesthésie générale

haemoglobin level as required. He also relied on Dr. Sinclair's opinion that a transfusion in these circumstances represented a medically accepted standard of practice. Dr. Scherz testified that alternatives to blood transfusion would have been appropriate in the circumstances. Whealy Dist. Ct. J. disregarded the evidence on the basis that it did not address the issue of oxygen-carrying capacity in the red blood cells while under general anaesthetic in an infant with Sheena's problems. He did not take into account the opinion of Dr. Spence that blood transfusions were often unnecessary since he found Dr. Spence's work to be "on the cutting edge of new medical therapy rather than in the main body of the medical profession".

pour un enfant dont le taux d'hémoglobine est si bas, ainsi que le témoignage du Dr Sinclair selon lequel, dans les circonstances, seule une transfusion sanguine aurait permis d'élever le taux d'hémoglobine au niveau requis. Il s'est également appuyé sur l'opinion du Dr Sinclair suivant laquelle une transfusion représentait, dans ces circonstances, une norme de pratique médicale acceptée. Le Dr Scherz a témoigné que d'autres solutions auraient convenu dans les circonstances. Le juge Whealy n'a pas tenu compte de ce témoignage pour le motif qu'il n'abordait pas la question de la capacité oxyphorique des globules rouges au moment où un enfant qui a les problèmes de Sheena est sous anesthésie générale. Il n'a pas tenu compte de l'opinion du Dr Spence, selon laquelle les transfusions sanguines étaient souvent inutiles, puisqu'il a conclu que les travaux du Dr Spence se situent [TRADUCTION] «à l'avant-garde des nouvelles thérapies médicales et non dans le courant principal de la profession médicale».

1995 CanLII 115 (SCC)

On the issue of costs, Whealy Dist. Ct. J. stated:

As to costs, it is my view, because the Court of Appeal regarded this case as an opportunity to have a test case, because the Attorney General and the Official Guardian have intervened and fully participated before the Court of Appeal and before me, and because in order to consider all of this highly technical material, both counsel and I required daily transcripts, that this is an appropriate case to order costs to be paid by the Attorney General of this province.

However, he gave the parties the opportunity to present further submissions before making a final order. In an addendum to his reasons, Whealy Dist. Ct. J. awarded costs against the Attorney General of Ontario, given that the case had "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any case where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence".

Sur la question des dépens, le juge Whealy affirme ceci:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis qu'il convient, en l'espèce, de condamner aux dépens le procureur général de notre province, étant donné que la Cour d'appel a estimé que la présente affaire pourrait être un cas type, que le Procureur général et le tuteur public sont intervenus et ont participé pleinement en Cour d'appel et devant moi, et que, pour considérer tous ces documents fort techniques, les deux avocats et moi-même avons dû recourir à des transcriptions quotidiennes.

Il a toutefois donné aux parties la possibilité de soumettre d'autres arguments avant de rendre une ordonnance définitive. Dans un addenda à ses motifs, le juge Whealy a condamné aux dépens le procureur général de l'Ontario pour le motif que l'affaire [TRADUCTION] «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés, et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivalait à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve».

57

58

Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

Cour d'appel (1992), 10 O.R. (3d) 321

59

Tarnopolsky J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, did not disrupt the findings of the District Court judge regarding the need for the eye surgery performed by Dr. Morin, the need for a blood transfusion in conjunction with the anaesthetic used in the eye surgery, or the need for a blood transfusion in the non-surgical treatment of Sheena. With respect to s. 7 of the *Charter*, Tarnopolsky J.A. followed the approach adopted by this Court in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, and held that assuming an interference with the parents' liberty interest, the legislation did not violate the principles of fundamental justice. In particular, he found that s. 19(1)(b)(ix) of the Act did not delegate to the doctor the decision whether a child was in need of protection. The definition in s. 19(1)(b)(ix), he noted, was qualified by two distinct requirements, only one of which had to be met to warrant intervention: "The first is that the parents have acted contrary to the recommendations of a medical practitioner. The second is that the treatment is 'necessary for the child's health and well-being'" (pp. 335-36). The trier of fact, therefore, ultimately determined whether the child was in need of protection.

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Tarnopolsky n'a pas modifié les conclusions du juge de la Cour de district relativement à la nécessité pour le Dr Morin d'effectuer une chirurgie oculaire, à la nécessité de procéder à une transfusion sanguine parallèlement à l'anesthésie pratiquée au cours de la chirurgie oculaire, ou à la nécessité de recourir à une transfusion sanguine dans le traitement non chirurgical de Sheena. Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Tarnopolsky a suivi la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, pour conclure qu'à supposer qu'il y ait eu entrave au droit à la liberté des parents, la loi en cause ne violait pas les principes de justice fondamentale. En particulier, il a conclu que le sous-al. 19(1)b)(ix) de la Loi ne déléguait pas au médecin la tâche de décider si un enfant avait besoin de protection. La définition énoncée au sous-al. 19(1)b)(ix), a-t-il souligné, était tempérée par deux exigences distinctes, dont une seule devait être remplie pour justifier l'intervention: [TRADUCTION] «La première est que les parents aient agi contrairement aux recommandations d'un médecin. La seconde est que le traitement soit «nécessaire pour la santé et le bien-être de l'enfant»» (pp. 335 et 336). Le juge des faits a donc finalement décidé si l'enfant avait besoin de protection.

60

The appellants complained of the lack of disclosure at the summary protection hearing, in particular of the fact that Dr. Perlman did not disclose a contrary view he had received, on consultation, with respect to congestive heart failure. Tarnopolsky J.A. found that this shortfall "was not so significant that it denied the appellants a fair hearing" (p. 344). As for other procedural complaints, he was of the view that these did not deprive the appellants of their liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice either. He stated, at pp. 345-46:

Les appelants se sont plaint de l'absence de communication de la preuve lors de l'instance sommaire portant sur la protection de l'enfant, et, en particulier, du fait que le Dr Perlman n'a pas divulgué l'opinion contraire qu'il avait reçue, lors d'une consultation, relativement à l'insuffisance cardiaque globale. Le juge Tarnopolsky a conclu que cette lacune [TRADUCTION] «n'était pas grave au point de nier aux appelants une audition équitable» (p. 344). Quant aux autres plaintes en matière de procédure, il s'est dit d'avis que leur objet n'avait pas non plus privé les appelants de leur liberté d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Il dit ceci, aux pp. 345 et 346:

In my view, the respondents are correct that the procedures outlined in s. 28 of the *Child Welfare Act* ensure

[TRADUCTION] À mon avis, les intimés ont raison d'affirmer que les procédures énoncées à l'art. 28 de la

that the interests of the parents are given full judicial protection. Pursuant to that provision, witnesses were summoned at the initial hearing on July 31, 1983, to give evidence and produce records. The parents were notified of the hearing, although not until the day on which it was held. The parents were represented by counsel and they, too, gave evidence. Their counsel, who is extensively experienced in issues of this kind, was permitted to cross-examine all of the witnesses called by the C.A.S. As well, there was no suggestion that the judge hearing the application was in any way biased. In light of the dire need for preventive action, which was revealed by the evidence presented at the hearing, it is my opinion that the hearing was conducted in accordance with the principles of fundamental justice.

Tarnopolsky J.A. then considered whether the impugned sections of the Act violated s. 2(a) of the *Charter*. He agreed with the District Court judge that the purpose of the Act did not violate s. 2(a). However, he stated that the legislation had the effect of restraining the appellants from manifesting their religious views by controlling the treatment provided to Sheena. While he acknowledged that the right of the appellants to choose medical treatment for their infant in accordance with their religious beliefs was protected under s. 2(a) of the *Charter*, he added that it was so only so long as it did not impede the vital and overriding state interest in the life and health of a child. He was of the view that any limitations on freedom of religion were best addressed under s. 1 of the *Charter*. After reviewing the four branches of the s. 1 test, set out recently in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, he decided that a violation of s. 2(a) would be saved by s. 1. He held that the connection between the means used in this case and the objective of the *Child Welfare Act* was obvious. He also stated, at p. 353:

In my opinion, where a blood transfusion may be necessary to save the life of a child or to protect it from a serious handicap, it is difficult to imagine a means of ensuring that treatment is provided once the actual necessity arises, which is a less restrictive means than that employed in this case. The appellants' rights were only impeded once a court came to the conclusion that the exercise of those rights would endanger the health of the child.

Child Welfare Act garantissent que les droits des parents jouissent d'une pleine protection judiciaire. Conformément à cette disposition, des témoins ont été appelés, à l'audition initiale du 31 juillet 1983, pour témoigner et produire des dossiers. Les parents ont été avisés de l'audition, quoique le jour même seulement. Ils étaient représentés par un avocat et ont eux aussi témoigné. Leur avocat, très expérimenté dans ce domaine, a été autorisé à contre-interroger tous les témoins appelés par la C.A.S. En outre, on n'a pas donné à entendre que le juge saisi de la demande était de quelque façon impartial. Compte tenu de la nécessité extrême, établie par la preuve soumise à l'audition, d'une action préventive, je suis d'avis que l'audition s'est déroulée conformément aux principes de justice fondamentale.

Le juge Tarnopolsky s'est ensuite demandé si les dispositions contestées de la Loi violaient l'al. 2a) de la *Charte*. Il a convenu avec le juge de la Cour de district que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2a). Toutefois, il a indiqué que la mesure législative avait pour effet d'empêcher les appelants de manifester leurs croyances religieuses en contrôlant le traitement administré à Sheena. Même s'il a reconnu que l'al. 2a) de la *Charte* protégeait le droit des appelants de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme à leurs croyances religieuses, il a ajouté qu'il n'en était ainsi que si ce droit n'entravait pas l'intérêt vital et primordial qu'a l'État dans la vie et la santé d'un enfant. Il s'est dit d'avis que toute restriction de la liberté de religion était mieux abordée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. Après avoir examiné les quatre volets du critère de l'article premier, formulés récemment dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, il a décidé qu'une violation de l'al. 2a) serait sauvegardée par l'article premier. Il a conclu que le lien entre les moyens utilisés en l'espèce et l'objectif de la *Child Welfare Act* était évident. Il dit également ceci, à la p. 353:

[TRADUCTION] À mon sens, lorsqu'une transfusion sanguine peut se révéler nécessaire pour sauver la vie d'un enfant ou pour le protéger d'un handicap grave, on peut difficilement imaginer un moyen de garantir que l'on administrera, lorsque le besoin se fera sentir, un traitement moins restrictif que celui utilisé dans la présente affaire. Les droits des appelants n'ont été enfreints que lorsqu'un tribunal a conclu que leur exercice compromettrait la vie de l'enfant.

62

On the issue of costs raised in the cross-appeal, Tarnopolsky J.A. acknowledged the peculiarity of the order, but stated that there was no compelling reason to interfere with the discretionary power of the court below.

63

Goodman J.A. agreed with the reasoning of Tarnopolsky J.A. and simply commented on the award of costs made by the District Court judge. Houlden J.A. also concurred with the reasons of the majority on the main appeal. He expressed the view that even if the appellants had been successful in their appeal, they would not have been entitled to the declaratory relief they were seeking, as it intruded on the legislative function. In any event, the Act had been amended without incorporating the guidelines proposed by the appellants. However, Houlden J.A. dissented on the issue of costs because, in his view, Whealy Dist. Ct. J.'s order would create a dangerous precedent.

Issues

64

The following constitutional questions were set by the Chief Justice:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' free-

Quant à la question des dépens soulevée lors de l'appel incident, le juge Tarnopolsky a reconnu la singularité de l'ordonnance, mais il a déclaré qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'instance inférieure.

Le juge Goodman a souscrit au raisonnement du juge Tarnopolsky et a simplement commenté l'attribution de dépens par le juge de la Cour de district. Le juge Houlden a lui aussi souscrit aux motifs de la majorité quant à l'appel principal. Il s'est dit d'avis que, même si leur appel avait été couronné de succès, les appelants n'auraient pas eu droit au jugement déclaratoire sollicité puisqu'il empiétait sur la fonction législative. Quoi qu'il en soit, la Loi a été modifiée sans qu'y soient incorporées les directives proposées par les appelants. Par ailleurs, le juge Houlden était en désaccord sur la question des dépens parce qu'à son avis l'ordonnance du juge Whealy créait un dangereux précédent.

Les questions en litige

Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et

dom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The issue raised in the respondent's cross-appeal was whether the District Court erred in making its award of costs against the Attorney General of Ontario.

The Court rendered judgment from the bench on March 17, 1994. It dismissed the appeal and answered the first constitutional question in the negative. Question 2 does not, therefore, arise. The Court, however, reserved decision, reasons to follow, as regards whether it was under question 3 or question 4 that the legislation was constitutionally valid. Decision was also reserved on the cross-appeal.

Analysis

I shall first deal with the constitutional questions raised in the main appeal. I shall then briefly address the issue of costs raised in the cross-appeal.

Appeal: Constitutional Questions

In addition to the constitutional issues, the appellants raised certain questions of fact. As these were amply addressed by the courts below, there is no need to discuss them at length. While the appellants were, at the time of the initial wardship hearing and review, unable to adduce their own evidence and call their own experts owing to the summary nature of the proceedings, the frailty in the factual record was remedied by the admission of fresh evidence before the District Court. The appellants contended, however, that conflicting medical evidence was presented, and that Whealy

(12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question que l'intimée a soulevée, dans le pourvoi incident, était de savoir si la Cour de district avait commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Notre Cour a rendu jugement à l'audience le 17 mars 1994. Elle a rejeté le pourvoi et répondu par la négative à la première question constitutionnelle. La seconde question ne se pose donc pas. Notre Cour a toutefois mis sa décision en délibéré, avec motifs à suivre, quant à savoir si c'est relativement à la troisième ou à la quatrième question que la mesure législative était constitutionnelle. La décision a également été mise en délibéré relativement au pourvoi incident.

Analyse

Je me pencherai d'abord sur les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi principal. J'aborderai ensuite brièvement la question des dépens soulevée dans le pourvoi incident.

Pourvoi: Questions constitutionnelles

Outre les questions constitutionnelles, les appelants ont soulevé certaines questions de fait. Comme celles-ci ont été analysées abondamment par les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Bien que les appelants n'aient pas été en mesure, à l'époque de l'instance initiale portant sur la tutelle et la révision, de présenter leur propre preuve et d'appeler leurs propres experts en raison de la nature sommaire des procédures, il a été remédié à la faiblesse du dossier factuel par l'admission de nouveaux éléments de preuve devant la Cour de district. Les appelants

Dist. Ct. J. should have deferred to their opinion regarding the necessity of a blood transfusion to assist with the anaesthetic while performing the eye surgery, as there was no right or wrong answer and a court of law was ill-placed to substitute its decision for that of the parents.

ont toutefois soutenu qu'une preuve médicale contradictoire avait été présentée et que le juge Whealy aurait dû s'en remettre à leur opinion concernant la nécessité d'assortir l'anesthésie d'une transfusion sanguine pendant la chirurgie oculaire, puisqu'il n'y avait aucune bonne ou mauvaise réponse et qu'une cour de justice était mal placée pour substituer sa décision à celle des parents.

69

Whealy Dist. Ct. J. almost uniformly preferred the evidence of the respondents' witnesses to that of the appellants', as the latter did not accord with the accepted medical practice of the time. He did so after a careful examination of the position of each witness, and in every case clearly stated persuasive reasons for preferring the testimony of one witness over another. Far from substituting his decision for that of the parents, Whealy Dist. Ct. J. simply performed his duty under the law, namely appraising the weight and credibility of the competing testimony. Whealy Dist. Ct. J.'s findings of fact were upheld by the Court of Appeal, after a careful review of all the evidence. The appellants have not demonstrated any compelling grounds for disturbing these findings.

Le juge Whealy a presque constamment préféré les opinions des témoins des intimés à celles des appelants, du fait que ces dernières n'étaient pas compatibles avec la pratique médicale acceptée à l'époque. Il en a décidé ainsi après avoir examiné soigneusement la position de chaque témoin, et, dans chaque cas, il a exposé clairement des motifs convaincants de préférer le témoignage d'un témoin à celui d'un autre. Loin de substituer sa décision à celle des parents, le juge Whealy s'est simplement acquitté de la tâche, qui lui incombait en droit, d'évaluer le poids et la crédibilité des témoignages opposés. Après avoir examiné attentivement l'ensemble de la preuve, la Cour d'appel a maintenu les conclusions de fait du juge Whealy. Les appelants n'ont fourni aucune raison sérieuse de modifier ces conclusions.

Section 7 of the Charter

L'article 7 de la Charte

70

Turning now to s. 7 of the *Charter*, the appellants argued that the right to choose medical treatment for their infant is a liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement of that interest in the present case did not conform with the principles of fundamental justice. Whealy Dist. Ct. J., we saw, dismissed the contentions of the appellants, and the Court of Appeal simply stated that even on the assumption that s. 7 of the *Charter* afforded some protection to the interest claimed by the appellants, any infringement of their liberty was done in accordance with the principles of fundamental justice.

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les appelants ont soutenu que le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant relève du droit à la liberté que garantit cet article et que l'atteinte à ce droit en l'espèce n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Whealy, nous l'avons vu, a rejeté les prétentions des appelants et la Cour d'appel a simplement affirmé que, même si l'on présumait que l'art. 7 de la *Charte* offre une certaine protection au droit invoqué par les appelants, toute atteinte qu'il pouvait y avoir eu à leur liberté était conforme aux principes de justice fondamentale.

Section 7 of the Charter and Parental Liberty

L'article 7 de la Charte et la liberté parentale

71

Although I am of the view that the principles of fundamental justice have been complied with in the present case, I nonetheless propose to comment on the scope of the protection afforded by the

Bien que je sois d'avis que les principes de justice fondamentale ont été respectés dans la présente affaire, j'entends néanmoins faire des commentaires sur la portée de la protection offerte par

Charter as it relates to the right of parents to choose medical treatment for their infant. This Court has, on many occasions, stated that the principles of fundamental justice vary according to the context; see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869. An examination of the scope of the liberty interest appears warranted, since its formulation may affect the determination of the principles of fundamental justice. I also note that while this case can be disposed of solely on the issue of the right of parents to choose medical treatment for their infant, it is not without consequence for child protection as a whole. Intervention may well be compelling here, but this appeal raises the more general question of the right of parents to rear their children without undue interference by the state.

The appellants claim that parents have the right to choose medical treatment for their infant, relying for this contention on s. 7 of the *Charter*, and more precisely on the liberty interest. They assert that the right enures in the family as an entity, basing this argument on statements made by American courts in the definition of liberty under their Constitution. While, as I will indicate, American experience may be useful in defining the scope of the liberty interest protected under our Constitution, I agree that s. 7 of the *Charter* does not afford protection to the integrity of the family unit as such. The Canadian *Charter*, and s. 7 in particular, protects individuals. It is the individual's right to liberty under the *Charter* with which we are here concerned. The concept of the integrity of the family unit is itself premised, at least in part, on that of parental liberty. N. Bala and J. D. Redfearn, "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, note that a general discussion of the "family unit" often obscures two separate interests, at p. 281:

It is, however, possible to distinguish at least two different, yet interrelated interests. One is familial integrity — an interest in upholding the family as an autonomous,

la *Charte* dans la mesure où elle a trait au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. Notre Cour a, à maintes reprises, déclaré que les principes de justice fondamentale varient selon le contexte; voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869. Une analyse de la portée du droit à la liberté paraît justifiée puisque sa formulation peut influencer sur la détermination des principes de justice fondamentale. Je remarque également que, bien que la présente affaire puisse être tranchée uniquement sur la question du droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, elle n'est pas sans conséquence pour la protection générale de l'enfant. Une intervention pourrait bien s'imposer ici, mais le présent pourvoi soulève la question plus générale du droit des parents d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État.

Les appelants prétendent que les parents ont le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, invoquant à l'appui de cette prétention l'art. 7 de la *Charte* et, plus précisément, le droit à la liberté. Ils soutiennent que ce droit s'applique à la famille en tant qu'entité, fondant leur argument sur les affirmations qu'ont faites les tribunaux américains pour définir la liberté sous le régime de leur Constitution. Bien que, comme je vais l'indiquer, l'expérience américaine puisse être utile pour définir la portée du droit à la liberté garanti par notre Constitution, je conviens que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas l'intégrité de la cellule familiale comme telle. La *Charte* canadienne et, en particulier, son art. 7 protègent les individus. Ce dont il est question ici, c'est du droit à la liberté que la *Charte* garantit à l'individu. Le concept de l'intégrité de la cellule familiale repose lui-même, du moins en partie, sur celui de la liberté parentale. Dans «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, à la p. 281, N. Bala et J. D. Redfearn font observer qu'une analyse générale de la «cellule familiale» éclipse fréquemment deux droits distincts:

[TRADUCTION] Il est toutefois possible de distinguer au moins deux droits qui, quoique étroitement liés, diffèrent. L'un est l'intégrité familiale — le droit de mainte-

independent unit in society. The other is parental authority — a *parental* right to enjoy family life and control various aspects of a child's life, free from unnecessary outside interference. [Emphasis in original.]

nir l'autonomie et l'indépendance de la famille dans la société. L'autre est l'autorité parentale — le droit *parental* de jouir de la vie familiale et de contrôler divers aspects de la vie de l'enfant, en l'absence de toute ingérence extérieure inutile. [En italique dans l'original.]

73 The term "liberty" has yet to be authoritatively defined in this Court, although comments have been made on both ends of the spectrum. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., speaking for Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) as well, noted that it was incumbent upon the Court to define "liberty", and conceded that the concept was susceptible of a broad range of meanings. Although she did not venture to define the scope of the liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, she cited the following dictum of Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at p. 572, as an example of the liberal interpretation the United States Supreme Court has given to the Fourteenth Amendment, at p. 205:

Notre Cour n'a pas encore défini péremptoirement le terme «liberté», bien que des commentaires aient été faits aux deux extrémités du spectre. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a souligné, au nom du juge en chef Dickson et du juge Lamer (maintenant Juge en chef), qu'il incombait à la Cour de définir le terme «liberté» puis elle a admis que le concept était susceptible d'avoir plusieurs acceptions. Bien qu'elle n'ait pas entrepris de définir la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*, elle cite, à la p. 205, l'opinion incidente suivante que le juge Stewart a exprimée dans *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, pour illustrer l'interprétation libérale que la Cour suprême des États-Unis a donnée au Quatorzième amendement:

"While this Court has not attempted to define with exactness the liberty . . . guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men." *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of "liberty" must be broad indeed. See, e.g., *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

[TRADUCTION] «Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté . . . garantie (par le Quatorzième amendement), ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps . . . comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.» *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la Constitution d'un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme «liberté» doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

74 In *R. v. Jones*, *supra*, speaking alone in dissent, Wilson J. gave a broad formulation of the concept of liberty. She stated, at p. 318:

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, le juge Wilson, seule dissidente, formule en des termes généraux le concept de liberté. Elle affirme ceci, à la p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser

plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it".

While she was of the view that s. 7 protected the right of parents to bring up and educate their children according to their conscientious beliefs, Wilson J. acknowledged that this freedom was not "untrammelled". Some limits could be placed on the interest, as "liberty" did not imply the right to bring up and educate one's children "as one sees fit".

On the other hand, Lamer J., speaking for himself alone in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, rejected the line of American cases pertaining to contractual liberty, noting that such an extension of the liberty interest had also been subject to criticism in the United States. The text of the Canadian *Charter* — which does not mention "property" — and the context of its adoption were sufficiently different to mandate a distinct interpretation. According to him, s. 7, which appears in the *Charter* under the heading "Legal Rights", had to be construed in light of the rights enunciated in ss. 8 to 14, which set out traditional criminal law guarantees. Further, the term "liberty" had to be read in conjunction with its modifier, the principles of fundamental justice. Thus, a restriction on liberty had to occur as a result of an interaction with the justice system. Lamer J. appeared to limit "liberty" to its physical dimension, though he would appear to give the expression "security of the person" a somewhat broader ambit. He summarized his position as follows, at pp. 1177-78:

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or

son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir».

Même si elle était d'avis que l'art. 7 garantissait aux parents le droit d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leurs croyances intimes, le juge Wilson a reconnu que cette liberté n'était pas «sans entrave». Certaines limites peuvent être imposées au droit puisque la «liberté» n'implique pas le droit d'élever et d'éduquer les enfants «comme on l'entend».

Par contre, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer a, en son propre nom seulement, rejeté le courant de jurisprudence américaine portant sur la liberté contractuelle, en soulignant qu'une telle extension du droit à la liberté avait également fait l'objet de critiques aux États-Unis. Le texte de la *Charte* canadienne — qui ne fait pas mention du mot «bien» — et le contexte de son adoption étaient suffisamment différents pour commander une interprétation distincte. Selon lui, l'art. 7, qui figure dans la *Charte* sous la rubrique «Garanties juridiques», devait être interprété à la lumière des droits énoncés aux art. 8 à 14 qui énoncent les garanties traditionnelles en matière de droit criminel. En outre, le terme «liberté» devait être interprété en fonction de son déterminant, les principes de justice fondamentale. Ainsi, la restriction de la liberté devait être le résultat d'une interaction avec le système judiciaire. Le juge Lamer a semblé cantonner la «liberté» à sa dimension physique, tout en paraissant donner à l'expression «sécurité de la personne» une portée quelque peu plus large. Il résume ainsi sa position, aux pp. 1177 et 1178:

Bref, je suis d'avis que l'art. 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant

removing from them, control over their physical or mental integrity. Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7. [Emphasis in original.]

atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l'art. 7 intervient lorsque l'État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l'art. 7, j'estime qu'il n'est ni sage ni nécessaire d'englober tous les autres droits de la *Charte* dans l'art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits et libertés à l'art. 7. [Souligné dans l'original.]

Lamer J. added, however, that "[t]his is not to say that 'liberty' as a value underlying the *Charter* does not permeate the document in a broader, more general sense, especially as it relates to the maintenance of Canada as a 'free and democratic society'" (p. 1179). In that case, Lamer J. was concerned with the narrower issue of "economic liberty" and the right to choose one's profession. The case did not address an issue similar to that raised in the present appeal, where the interest claimed by the appellants is of a different nature altogether, and where the state does use the justice system to restrict it.

Le juge Lamer ajoute, toutefois, que «[c]ela ne veut pas dire que la «liberté» comme valeur sous-jacente à la *Charte* n'apparaît pas en filigrane partout dans le document dans un sens plus large et général, particulièrement dans la mesure où elle se rapporte au maintien au Canada d'une «société libre et démocratique»» (p. 1179). Dans cette affaire, le juge Lamer s'intéressait à la question plus restreinte de la «liberté économique» et du droit d'exercer la profession de son choix. L'affaire ne portait pas sur une question semblable à celle soulevée en l'espèce, où le droit qu'invoquent les appelants est de nature entièrement différente et où l'État a effectivement recours au système judiciaire pour le restreindre.

While I agree that ss. 8 to 14 are of value in interpreting s. 7 of the *Charter*, these are not the only sections to which one must turn for guidance. The interpretation of s. 7 is also informed by the other provisions of the *Charter*. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, *supra*, I put the matter as follows (at p. 326):

Bien que je convienne que les art. 8 à 14 soient utiles pour interpréter l'art. 7 de la *Charte*, ce ne sont pas là les seuls articles vers lesquels il faut se tourner pour se guider. L'interprétation de l'art. 7 tient également des autres dispositions de la *Charte*. Voici comment j'expose la question au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité (à la p. 326):

... the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplifica-

... les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [...] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois

tion of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

One particular provision which affords a clue to what liberty means is s. 1 of the *Charter*, the general balancing provision. It is useful to recall its wording: the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated the following (at p. 136):

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

The type of balance I have in mind was well expressed by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In that case, Dickson J. gave a liberal interpretation of the word "freedom", albeit in the context of s. 2(a) of the *Charter* (at pp. 336-37):

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compul-

pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

L'article premier de la *Charte*, qui est la disposition générale exigeant l'appréciation des intérêts en jeu, nous offre une indication de ce que la liberté signifie. Il est utile d'en rappeler le texte: la *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, lesquels ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson s'exprime ainsi (à la p. 136):

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

Le genre d'équilibre que j'ai à l'esprit a été bien exposé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cette affaire, le juge Dickson a donné une interprétation libérale au terme «liberté», quoique ce fut dans le contexte de l'al. 2a) de la *Charte* (aux pp. 336 et 337):

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans

sion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Although the English version of the *Charter* employs two different words, "freedom" and "liberty", both emanate from the same concept. In French, the term "*liberté*" is used in s. 2 as well as in s. 7.

The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (per Wilson J., at p. 524); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (per Dickson C.J., at pp. 785-86). Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. noted that the liberty interest was rooted in the fundamental concepts of human dignity, personal autonomy, privacy and choice in decisions going to the individual's fundamental being. She stated, at p. 166:

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make funda-

des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Malgré le fait que la version anglaise de la *Charte* utilise deux termes différents, soit «*freedom*» et «*liberty*», tous deux émanent du même concept. En français, le terme «*liberté*» est utilisé tant à l'art. 2 qu'à l'art. 7.

La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (le juge Wilson, à la p. 524); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Elle affirme, à la p. 166:

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des

mental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

While I was in dissent in that case, I agree with this statement, and, indeed, I later observed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I was sympathetic to the view that s. 7 of the *Charter* included a right to privacy. On this point, the American experience can give us valuable guidance as to the proper meaning and limits of liberty. The United States Supreme Court has given a liberal interpretation to the concept of liberty, as it relates to family matters. It has elevated both the notion of the integrity of the family unit and that of parental rights to the status of constitutional values, through its interpretation of the Fifth and Fourteenth Amendments. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), are the two landmark cases most often cited. In the former, the Supreme Court invalidated a statute that purported to limit the teaching of foreign languages. Its decision was grounded, in part at least, on a finding that the statute interfered with the right of the parents to control the education of their children. In *Pierce v. Society of Sisters*, the Supreme Court declared unconstitutional a statute that required that children attend public schools. McReynolds J. stated, at pp. 534-35:

Under the doctrine of *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right,

décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Quoique je fus dissident dans cette affaire, je souscris à cet énoncé et, en réalité, j'ai subséquemment fait observer, dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412, que j'étais sympathique à l'idée que l'art. 7 de la *Charte* protège un droit à la vie privée. À cet égard, l'expérience américaine peut nous être d'une aide précieuse quant à la bonne signification et aux limites de la liberté. La Cour suprême des États-Unis a donné une interprétation libérale au concept de la liberté en matière familiale. Elle a élevé la notion d'intégrité de la cellule familiale et des droits parentaux au rang de valeurs constitutionnelles grâce à son interprétation des Cinquième et Quatorzième amendements. Les deux arrêts marquants les plus fréquemment cités sont *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Dans le premier cas, la Cour suprême a invalidé une loi censée restreindre l'enseignement de langues étrangères. Sa décision était fondée, en partie du moins, sur la conclusion que la loi en cause empiétait sur le droit des parents de contrôler l'enseignement offert à leurs enfants. Dans l'arrêt *Pierce c. Society of Sisters*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques. Le juge McReynolds déclare ceci, aux pp. 534 et 535:

[TRADUCTION] Suivant le principe de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, il est, à notre avis, tout à fait clair que la Loi de 1922 empiète déraisonnablement sur la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné. Comme on l'a souvent signalé jusqu'à maintenant, les droits garantis par la Constitution ne peuvent être restreints par une loi qui n'a aucun lien raisonnable avec un objectif relevant de la compétence de l'État. La théorie fondamentale de la liberté sur laquelle s'appuient tous les gouvernements de l'Union exclut tout pouvoir général de l'État d'uniformiser ses enfants en les forçant à fréquenter les écoles publiques uniquement. L'enfant n'est pas la simple créature de l'État;

coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations.

ceux qui l'élèvent et qui dirigent sa destinée ont le droit, de même que le devoir suprême, de le reconnaître et de le préparer à assumer des obligations supplémentaires.

82

Those two cases have survived the *Lochner* era, a much criticized period in which the Supreme Court engaged in substantive review of many economic and social statutes. Despite the lack of unanimity on the formulation of liberty and the role of the courts in reviewing legislation, the dicta on liberty, in so far as family matters are concerned, have been consistently broad. In *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), although the Court upheld a statute prohibiting child labour, Rutledge J. stated, for the Court (at p. 166): "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can neither supply nor hinder." These cases have often been reaffirmed by the Supreme Court; see, for example, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, *supra*. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), which echoed this broad conception of liberty, was again recently reaffirmed in *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

Ces deux arrêts ont survécu à l'ère *Lochner*, une période fort critiquée au cours de laquelle la Cour suprême s'est engagée dans un examen au fond de nombreuses lois économiques et sociales. En dépit de l'absence d'unanimité sur la formulation de la liberté et le rôle des tribunaux dans la révision de mesures législatives, les opinions exprimées sur la liberté en matière familiale ont toujours été générales. Dans l'arrêt *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), bien que la Cour ait maintenu une loi prohibant le travail des enfants, le juge Rutledge a déclaré au nom de la Cour (à la p. 166): [TRADUCTION] «Il est essentiel pour nous que la garde, les soins et l'éducation de l'enfant appartiennent d'abord aux parents, qui ont notamment pour tâche et liberté principales de préparer l'enfant à assumer des obligations, préparation que l'État ne peut ni fournir ni empêcher.» Ces arrêts ont souvent été confirmés par la Cour suprême; voir, par exemple, *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), et *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, précité. L'arrêt *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui reprend cette conception libérale de la liberté, était encore confirmé récemment dans l'arrêt *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

83

Where to draw the line between interests and regulatory powers falling within the accepted ambit of state authority will often raise difficulty. But much on either side of the line is clear enough. On that basis, I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. As observed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter* was not enacted in a vacuum or absent a historical context. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. In *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, our Court stated (at p. 607): "The view of the child's welfare conceives it to lie, first,

Il sera souvent difficile de tracer la ligne entre les intérêts et les pouvoirs de réglementation relevant de la portée reconnue de l'autorité de l'État. Mais de chaque côté de la ligne, beaucoup d'éléments sont suffisamment clairs. Pour cette raison, j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte* n'a pas été adoptée sur une table rase ou en l'absence d'un contexte historique. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions néces-

within the warmth and security of the home provided by his parents". This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. The Court did add, however, that "when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties" (pp. 607-8). Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes dealing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated. This only serves to confirm that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

The respondents have argued that the "parental liberty" asserted by the appellants is an obligation owed to the child which does not fall within the scope of s. 7 of the *Charter*. Some decisions seem to give credit to this thesis. In *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (Nfld. U.F.C.), for example, a case similar to the present one, Riche J. observed, at p. 303:

The parents have individual rights which they hold as members of society. With respect to their children, they have obligations or responsibilities. The parents have a right to custody of their children while they are children and for as long as they discharge their obligations to those children. The parents maintain a right to attempt to raise their children in the same religious faith as their's [*sic*]. As between the parents and the children, the parents have few rights and many obligations.

saires à leur bien-être. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, notre Cour affirme (à la p. 607): [TRADUCTION] «Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents.» Cette reconnaissance était fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. La Cour ajoute toutefois que [TRADUCTION] «si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations» (pp. 607 et 608). Bien que la philosophie qui sous-tend l'intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Les intimés ont soutenu que la «liberté parentale» invoquée par les appelants est une obligation due à l'enfant qui ne relève pas de l'art. 7 de la *Charte*. Certaines décisions semblent accréditer cette thèse. Dans la décision *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (C.U.F.T.-N.), par exemple, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, le juge Riche fait observer, à la p. 303:

[TRADUCTION] Les parents jouissent de droits individuels en tant que membres de la société. À l'égard de leurs enfants, ils ont des obligations et des responsabilités. Ils ont un droit de garde de leurs enfants tant que ceux-ci sont des enfants et aussi longtemps qu'ils s'acquittent de leurs obligations envers ceux-ci. Les parents conservent le droit de tenter d'élever leurs enfants dans la même religion que la leur. Dans la relation qu'ils ont avec leurs enfants, les parents ont peu de droits et de nombreuses obligations.

Riche J. concluded that the right of the child to parental care, rather than the rights of the parents, had been breached in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice.

Le juge Riche a conclu que c'était le droit de l'enfant aux soins de ses parents, et non les droits des parents, qui avait été violé d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

85

While acknowledging that parents bear responsibilities towards their children, it seems to me that they must enjoy correlative rights to exercise them. The contrary view would not recognize the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. As already stated, the common law has always, in the absence of demonstrated neglect or unsuitability, presumed that parents should make all significant choices affecting their children, and has afforded them a general liberty to do as they choose. This liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children. (Fortunately, we have distanced ourselves from the ancient juridical conception of children as chattels of their parents.) The state is now actively involved in a number of areas traditionally conceived of as properly belonging to the private sphere. Nonetheless, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*.

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. (Heureusement, nous nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

The respondents also argued that the infant's rights were paramount to those of the appellants and, on that basis alone, state intervention was justified. This was the conclusion reached by Whealy Dist. Ct. J. Children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person. As children are unable to assert these, our society presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. In fact, we must accept that parents can, at times, make decisions contrary to their children's wishes — and rights — as long as they do not exceed the threshold dictated by public policy, in its broad conception. For instance, it would be difficult to deny that a parent can dictate to his or her child the place where he or she will live, or which school he or she will attend. However, the state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold. But in doing so, the state is limiting the constitutional rights of parents rather than vindicating the constitutional rights of children. On this point, N. Bala and J. D. Redfearn, *supra*, observe, at p. 301:

... while the state may be justified in limiting parental rights, it is wrong to conceive of this as a situation where the court or state is somehow protecting *constitutional* rights of the child. Rather this should be viewed as a situation in which the state limits the constitutional rights of parents, and sometimes those of a child, to promote the welfare of the child. ... However, it seems inappropriate to allow an agency of the state to invoke the Charter of Rights to limit the rights of a citizen. The Charter is intended to protect individuals from the state, not to justify state interference. [Emphasis in original.]

A similar approach, albeit in a different context, was taken in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, where a majority of this Court agreed that it would be inappropriate to limit the scope of an individual's freedom of expression under s. 2(b) by refer-

Les intimés soutiennent également que les droits de l'enfant en bas âge l'emportaient sur ceux des appelants et que, pour ce seul motif, l'intervention de l'État était justifiée. C'est ce qu'a conclu le juge Whealy. Les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne. Comme les enfants ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits, notre société présume que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux — et aux droits — de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large. Ainsi, on pourrait difficilement nier à un parent le pouvoir d'imposer à son enfant l'endroit où il vivra ou l'école qu'il fréquentera. Toutefois, l'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable. Mais ce faisant, l'État restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants. Sur ce point, N. Bala et J. D. Redfearn, *loc. cit.*, font remarquer à la p. 301:

[TRADUCTION] ... bien que l'État puisse être justifié de limiter les droits parentaux, c'est à tort que l'on en conclut que le tribunal ou l'État protège en quelque sorte les droits *constitutionnels* de l'enfant. On devrait plutôt considérer que l'État restreint les droits constitutionnels des parents, et parfois ceux d'un enfant, pour favoriser le bien-être de ce dernier [...]. Toutefois, il semble inapproprié de permettre à un mandataire de l'État d'invoquer la Charte des droits pour restreindre les droits d'un citoyen. La Charte vise à protéger les individus contre l'État, et non à justifier l'intervention de l'État. [En italique dans l'original.]

Un point de vue semblable, quoique dans un contexte différent, a été adopté dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où notre Cour à la majorité a convenu qu'il ne conviendrait pas de limiter la portée de la liberté d'expression que l'al.

ence to the conflicting s. 15 and s. 27 rights of others.

87

Once it is decided that the parents have a liberty interest, further balancing of parents' and children's rights should be done in the course of determining whether state interference conforms to the principles of fundamental justice, rather than when defining the scope of the liberty interest. Even assuming that the rights of children can qualify the liberty interest of their parents, that interest exists nonetheless. In the case at bar, the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant. In so doing, the Act has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. I now propose to determine whether this deprivation was made in accordance with the principles of fundamental justice.

Principles of Fundamental Justice

88

This Court has on different occasions stated that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles of our judicial system, as well as in the other components of our legal system; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. Beare*, *supra*. The state's interest in legislating in matters affecting children has a long-standing history. In *R. v. Jones*, *supra*, for example, I acknowledged the compelling interest of the province in maintaining the quality of education. More particularly, the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19 of the Act is but one of the numerous legislative expressions of the *parens patriae* power. It contemplates different situations where state intervention is mandated in order to ensure the protection

2b) garanti à l'individu, par renvoi aux droits opposés que les art. 15 et 27 garantissent à autrui.

Dès qu'il est déterminé que les parents ont un droit à la liberté, il y a lieu de soupeser leurs droits et ceux des enfants pour déterminer si l'intervention de l'État est conforme aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer la portée du droit à la liberté. Même en tenant pour acquis que les droits des enfants peuvent atténuer le droit à la liberté de leurs parents, ce droit existe néanmoins. En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant. La Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit maintenant de déterminer si cette privation d'un droit était conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

Notre Cour a, à différentes occasions, indiqué que les principes de justice fondamentale doivent être puisés dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire, de même que dans les composantes de notre système juridique; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Beare*, précités. Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. L'article 19 de la Loi n'est qu'une des nombreuses expressions législatives de la compé-

of children. Only one of those is of interest here. It appears in s. 19(1)(b)(ix), which reads:

19. — (1) In this Part and Part IV,

(b) “child in need of protection” means,

- (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately, [Emphasis added.]

I note at the outset that this section is not limited to situations where the life of the child may be in jeopardy. It encompasses situations where treatments might be warranted to ensure his or her health or well-being. Although broad in scope, the section is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life.

The appellants do not really contest the legitimacy of the principle that the state may intervene to protect children. Rather, they take issue with the procedure for intervention provided in the Act, and seek a declaratory judgment setting out guidelines that should be read into the Act for overriding parental choices. In light of the disposition of this appeal, there is no need to address in detail the availability of the remedy or the merits of the guidelines. Suffice it to say that the appellants propose that in a true emergency situation, there would be no need for a court order, as the common law permits doctors to provide treatment despite parental refusal. In a non-emergency situation, doctors would need a court order to override parental refusal, which could only be granted if the treatment was found by the court to be necessary, there was no alternative medical management, no

tence *parens patriae*. Il envisage diverses situations où l'intervention de l'État est requise pour garantir la protection des enfants, dont une seule est d'intérêt ici. Elle figure au sous-al. 19(1)(b)(ix), qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] 19. — (1) Les définitions suivantes s'appliquent à la présente partie et à la partie IV.

b) «enfant ayant besoin de protection» désigne

- (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement, [Je souligne.]

Je souligne, au départ, que cette disposition ne se limite pas aux situations où la vie de l'enfant peut être en danger. Elle vise également celles où des traitements pourraient être justifiés pour protéger sa santé ou son bien-être. Malgré sa large portée, la disposition est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie.

Les appelants ne contestent pas vraiment la légitimité du principe selon lequel l'État peut intervenir pour protéger les enfants. Ils contestent plutôt la procédure d'intervention prévue dans la Loi et demandent un jugement déclaratoire énonçant des directives qui devraient être considérées comme incluses dans la Loi pour passer outre aux choix des parents. Compte tenu de l'issue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la possibilité d'obtenir réparation ou le bien-fondé des directives. Il suffit de dire que les appelants proposent que, dans une situation véritablement urgente, il ne soit pas nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire, puisque la common law permet aux médecins d'administrer un traitement malgré le refus des parents. En l'absence d'urgence, les médecins devraient obtenir une ordonnance judiciaire pour passer outre au refus des

doctor to provide alternative medical care, and 48 hours notice and full disclosure to the parents.

parents, laquelle ne pourrait être accordée que si la cour juge le traitement nécessaire, s'il n'y a aucune autre solution sur le plan médical ni aucun autre médecin pour administrer un traitement médical subsidiaire, si un préavis de 48 heures est donné et si tous les renseignements sont communiqués aux parents.

90

While the pleadings have been centred mostly on the constitutionality of s. 19(1)(b)(ix) of the Act, it is necessary to examine briefly the powers conferred on the courts in ss. 30(1) and 41, as well as the procedure established in ss. 21, 27 and 28. This will enable us to have a better understanding of the scheme devised by the legislature, and to address the appellants' arguments relating to the conformity of the deprivation of their rights to the principles of fundamental justice.

Bien que les plaidoiries aient surtout porté sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)b)(ix) de la Loi, il est nécessaire d'examiner brièvement les pouvoirs conférés aux tribunaux par le par. 30(1) et l'art. 41, de même que les procédures établies aux art. 21, 27 et 28. Cela nous permettra de mieux comprendre le régime conçu par le législateur, et de répondre aux arguments des appelants concernant la conformité de la privation de leurs droits avec les principes de justice fondamentale.

91

When the Children's Aid Society has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection within the meaning of s. 19(1)(b)(ix) of the Act, it can apprehend the child without a warrant and take or confine him or her to a designated place of safety (s. 21). Upon such apprehension, s. 27 requires that the matter be brought before a court within five days for a determination of whether the child is in need of protection. Section 28 governs the procedure to be followed at the court hearing, and allows a judge to summon and compel witnesses, and to hear evidence from parents and other interested parties. Section 28(6) requires that a parent or other person with custody of the child must be given "reasonable notice" of the hearing. Section 28(10) allows the court to dispense with notice when it cannot be served and "any delay might endanger the health or safety of the child". If, at the s. 28 hearing, the court determines that the child is in need of protection, then it may make an order under s. 30(1) that the child be returned to its parents subject to society supervision, or that it be committed as a ward of the relevant Children's Aid Society. Only when the latter order is made is the Children's Aid Society, pursuant to s. 41 of the Act, vested with all rights and responsibilities of a legal guardian, including the right to consent to medical treatment. Finally, the Children's Aid Society must apply to

Lorsque la société d'aide à l'enfance a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection au sens du sous-al. 19(1)b)(ix) de la Loi, elle peut appréhender l'enfant sans mandat et l'amener ou le confiner dans un endroit sûr désigné (art. 21). Une fois l'enfant ainsi appréhendé, l'art. 27 requiert que le dossier soit soumis à un tribunal dans les cinq jours afin qu'il détermine si l'enfant a besoin de protection. L'article 28 régit la procédure à suivre lors de l'audience judiciaire, autorise le juge à assigner et à contraindre des témoins et à entendre les témoignages des parents et des autres parties intéressées. Le paragraphe 28(6) exige qu'un parent ou une autre personne ayant la garde de l'enfant reçoive un [TRADUCTION] «préavis raisonnable» de l'audience. Le paragraphe 28(10) permet au tribunal de ne pas exiger de préavis lorsqu'il ne peut être signifié et que [TRADUCTION] «tout délai pourrait compromettre la vie ou la sécurité de l'enfant». Si, lors de l'audience fondée sur l'art. 28, le tribunal juge que l'enfant a besoin de protection, il peut alors, en vertu du par. 30(1), ordonner que l'enfant soit retourné à ses parents sous la surveillance de la société, ou qu'il devienne pupille de la société d'aide à l'enfance compétente. Ce n'est que lorsque cette dernière ordonnance est rendue que, conformément à l'art. 41 de la Loi, la société d'aide à l'enfance est investie de tous les droits et responsa-

the court to have the child's status reviewed before the expiry of the wardship order (s. 37).

The appellants attack the general procedure under the *Child Welfare Act*, and in particular the specific way in which it was carried out in the present case. As for the constitutionality of the procedure under the Act, there is no need to discuss it at length, since I am of the opinion that the scheme designed by the legislature accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. "Reasonable" is a flexible criterion that permits adjustments to different situations. While it is possible to hold a wardship hearing without notice in situations of emergency, s. 28(11) of the Act provides that the wardship order cannot, in the absence of another hearing with notice, exceed 30 days. In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that an injunction granted *ex parte* did not violate s. 7 of the *Charter*. That case differs from the present one, but its underlying proposition holds true: the procedural requirements of the principles of fundamental justice can be attenuated when urgent and unusual circumstances require expedited court action.

Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The parents can act through counsel, present arguments, cross-examine witnesses, and so on. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts, and by Main Prov. Ct. J. in this case, that the Children's Aid Society must present a strong case.

Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed

bilités d'un tuteur public, dont celui de consentir à un traitement médical. Enfin, la société d'aide à l'enfance doit demander au tribunal de réviser le statut de l'enfant avant l'expiration de l'ordonnance de tutelle (art. 37).

Les appelants contestent la procédure générale établie dans la *Child Welfare Act* et, en particulier, la façon dont elle a été appliquée dans le cas qui nous occupe. Quant à la constitutionnalité de la procédure établie par la Loi, il n'est pas nécessaire de l'analyser en détail, puisque je suis d'avis que le régime conçu par le législateur est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. Le caractère «raisonnable» est un critère souple qui permet de s'ajuster aux différentes situations. Bien qu'il soit possible de tenir une audience sur la tutelle sans préavis dans les cas d'urgence, le par. 28(11) de la Loi prévoit que l'ordonnance de tutelle ne peut, en l'absence d'une autre audience précédée d'un avis, excéder 30 jours. Dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu qu'une injonction accordée *ex parte* ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette affaire est différente de celle qui nous occupe, mais le principe qui la sous-tend demeure juste: les exigences des principes de justice fondamentale, sur le plan de la procédure, peuvent être atténuées lorsque des circonstances urgentes et inhabituelles requièrent que les tribunaux agissent rapidement.

En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Les parents peuvent agir par l'intermédiaire d'un avocat, soumettre des arguments, contre-interroger des témoins, et ainsi de suite. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux, de même que le juge Main en l'espèce, ont reconnu que la société d'aide à l'enfance doit présenter une preuve solide.

Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée

before its expiry. In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, this Court held that the status review procedure under the *Child and Family Services Act* — which does not substantially differ from the old Act — is aimed at reviewing the determination of the status of the child (i.e. whether the child is still in need of protection), and not merely the opportuneness of prolonging the order. Such an interpretation best accords with the purpose of the Act, as it enables the court to monitor any relevant changes that might affect the status of the child.

avant son expiration. Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, notre Cour a conclu que la procédure qui gouverne la révision du statut de l'enfant en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* — qui ne diffère pas substantiellement de l'ancienne loi — vise à réviser la détermination du statut de l'enfant (c'est-à-dire si l'enfant a toujours besoin de protection), et non simplement à déterminer s'il est opportun de prolonger l'ordonnance. Une telle interprétation s'accorde le mieux avec l'objectif de la Loi, car elle permet à la cour de surveiller tout changement pertinent qui pourrait influencer sur le statut de l'enfant.

I now propose to analyze the scheme as it has been applied to this case, and respond to the other concerns voiced by the appellants. I shall first deal with the initial wardship order of July 31, 1983. I shall then turn to the status review of August 18 and 19, 1983.

J'entends maintenant analyser le régime tel qu'il a été appliqué en l'espèce, et répondre aux autres préoccupations exprimées par les appelants. J'analyserai d'abord l'ordonnance initiale de tutelle rendue le 31 juillet 1983, puis ensuite l'instance de révision du statut tenue les 18 et 19 août 1983.

(i) Wardship Order of July 31, 1983

(i) Ordonnance de tutelle du 31 juillet 1983

The doctors responsible for Sheena's care informed the Children's Aid Society that her life was at risk, because her parents were refusing to consent to a blood transfusion, the need of which, in the doctors' view, was imminent. It is upon those facts that the Children's Aid Society founded its reasonable and probable grounds to engage the process contemplated by the Act. The evidence indicates that the Children's Aid Society had to proceed diligently. The parents received notice of the hearing the day it was held. In light of the circumstances, the notice was reasonable. Main Prov. Ct. J., who acknowledged the short notice, limited the initial wardship order to 72 hours, so as to enable the parties to come back before him with further evidence. And although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

Les médecins chargés de soigner Sheena ont avisé la société d'aide à l'enfance que sa vie était en danger parce que ses parents refusaient de consentir à une transfusion sanguine dont le besoin était, selon eux, imminent. C'est sur ces faits que la société d'aide à l'enfance a fondé ses motifs raisonnables et probables d'enclencher le processus prévu dans la Loi. La preuve indique que la société d'aide à l'enfance devait agir avec diligence. Les parents ont été avisés de l'audience le jour même où elle a été tenue. Compte tenu des circonstances, le préavis était raisonnable. Le juge Main, qui a reconnu que le préavis avait été donné à la dernière minute, a limité à 72 heures l'ordonnance initiale de tutelle, de façon à permettre aux parties de revenir devant lui avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

The appellants argued, in particular, that Dr. Perlman, who testified for the Children's Aid Soci-

Les appelants ont fait valoir, notamment, que le Dr Perlman, qui a témoigné au nom de la société

ety, failed to disclose the findings of Dr. Benson, the cardiologist who examined Sheena the day of the hearing. Dr. Benson was of the view that Sheena did not present any imminent risk of congestive heart failure. The respondents argued that this evidence was not available at the time of the hearing on July 31. In any event, the Court of Appeal observed that while these findings should have been disclosed, the failure to include evidence that no congestive heart condition existed was not, particularly with the benefit of hindsight, an omission of much significance. I see no reason to interfere with that conclusion. Moreover, Dr. Perlman was a witness at the wardship hearing, and assuming that there was a breach of the duty to disclose, it did not affect the conformity of the legislative scheme with the principles of fundamental justice.

(ii) Status Review of August 18 and 19, 1983

The hearing of August 18 and 19, 1983, held pursuant to s. 37 of the Act, was to review Sheena's status and to determine if the wardship order should be prolonged. The appellants received notice of the hearing at the beginning of the month of August. Although they would have had time to adduce some medical evidence to counter that of the Children's Aid Society with respect to the congestive heart condition, the appellants chose not to do so. While the child's health had slightly improved, the Children's Aid Society demonstrated, to the satisfaction of Main Prov. Ct. J., that an eventual blood transfusion was still a reasonable course of action, due to the fragile state of the child. The Children's Aid Society wished to retain the authority to consent to a blood transfusion if an emergency were to arise.

The hearing also revolved around the testimony of Dr. Morin, who testified that the child needed to undergo exploratory surgery under general anaesthetic to confirm a diagnosis of infantile glaucoma which, if established, would require surgery to preserve the child's sight. Evidence that Sheena needed to receive a transfusion in order to sustain the anaesthetic was also adduced. The appellants argued that the testimony of the ophthalmologist

d'aide à l'enfance, n'a pas révélé les conclusions du Dr Benson, le cardiologue qui a examiné Sheena le jour de l'audience. Le Dr Benson était d'avis que Sheena ne présentait aucun risque imminent d'insuffisance cardiaque globale. Les intimés ont soutenu que cette preuve n'était pas disponible à l'époque de l'audience le 31 juillet. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait remarquer que, même si ces conclusions auraient dû être révélées, le défaut d'inclure une preuve qu'il n'y avait pas insuffisance cardiaque globale n'était pas, en particulier avec le bénéfice du recul, une omission de grande importance. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. En outre, le Dr Perlman a témoigné lors de l'audience sur la tutelle et, si l'on présume qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulguer, cela n'a rien changé à la conformité du régime législatif avec les principes de justice fondamentale.

(ii) Révision du statut les 18 et 19 août 1983

L'audience des 18 et 19 août 1983, tenue conformément à l'art. 37 de la Loi, visait à réviser le statut de Sheena pour déterminer si l'ordonnance de tutelle devait être prolongée. Les appelants ont été avisés de l'audience au début du mois d'août. Même s'ils avaient le temps de produire une preuve médicale pour contrer celle de la société d'aide à l'enfance relativement à l'insuffisance cardiaque globale, les appelants ont choisi de ne pas le faire. Même si la santé de l'enfant s'était légèrement améliorée, la société d'aide à l'enfance a démontré, à la satisfaction du juge Main, qu'une transfusion sanguine représentait toujours une solution raisonnable en raison de l'état de santé précaire de l'enfant. La société d'aide à l'enfance souhaitait conserver le pouvoir de consentir à une transfusion sanguine en cas d'urgence.

L'audience a également porté sur le témoignage du Dr Morin qui a déclaré que l'enfant devait subir une chirurgie exploratoire sous anesthésie générale pour confirmer un diagnostic de glaucome infantile qui, s'il était établi, nécessiterait une chirurgie afin de préserver la vue de l'enfant. On a également produit une preuve que Sheena avait besoin d'une transfusion pour être anesthésiée. Les appelants ont soutenu que le témoignage de l'ophthalmo-

took them by surprise, as they were not informed of it in the notice. In reviewing the evidence, however, it appears that even if the appellants and their counsel were unaware that Dr. Morin would be called to testify, they had for some time been aware of this aspect of Sheena's condition. Dr. Pape, the neonatologist responsible for Sheena's care, testified on August 18 that the suspected glaucoma was diagnosed when Sheena was three to four weeks old, and that she had discussed with the appellants the desirability of exploratory surgery. Moreover, Main Prov. Ct. J., who was sensitive to the fact that the appellants did not have time to seek their own medical opinion, recommended that they be permitted to seek a second opinion before the exploratory surgery. In fact, the appellants did consult an ophthalmologist beforehand, who simply confirmed Dr. Morin's diagnosis. I do not think that the failure to notify the appellants that Dr. Morin would testify violated the principles of fundamental justice.

logiste les a pris au dépourvu puisqu'ils n'en avaient pas été informés dans le préavis. À l'examen de la preuve, il appert toutefois que, même si les appelants et leur avocat ignoraient que le Dr Morin serait appelé à témoigner, ils connaissaient depuis quelque temps déjà cet aspect de l'état de Sheena. Le Dr Pape, la néonatalogiste chargée de soigner Sheena, a témoigné le 18 août que le glaucome redouté avait été diagnostiqué lorsque Sheena était âgée de trois ou quatre semaines, et qu'elle avait étudié avec les appelants l'opportunité de procéder à une chirurgie exploratoire. De plus, le juge Main, qui était sensible au fait que les appelants n'avaient pas eu le temps de recueillir leur propre opinion médicale, a recommandé qu'ils soient autorisés à demander une seconde opinion avant la chirurgie exploratoire. En fait, les appelants ont préalablement consulté un ophtalmologiste qui a simplement confirmé le diagnostic du Dr Morin. Je ne crois pas que l'omission d'aviser les appelants que le Dr Morin témoignerait a violé les principes de justice fondamentale.

100 The appellants have also argued that the standard provided for in the Act — necessity of treatment — was not met in the case at bar, as there never was any emergency. They argued that the existence of an emergency was the premise on which the Court of Appeal based its analysis. This argument is tied to the questions of fact I have addressed above. As I am of the view that "necessity" under the Act was demonstrated, there is no need to canvass this issue further.

Les appelants ont également fait valoir qu'en l'espèce on n'a pas satisfait à la norme prévue dans la Loi — la nécessité du traitement — car il n'y a jamais eu urgence. Ils soutiennent que c'est sur l'existence d'une urgence que la Cour d'appel a fondé son analyse. Cet argument est lié aux questions de fait que j'ai abordées précédemment. Puisque je suis d'avis que la «nécessité» au sens de la Loi a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage cette question.

101 An examination of the application of the impugned provisions to the facts of this case amply demonstrates that the legislative scheme, which deprives parents of their right to choose medical treatment for their infant under certain circumstances, is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 requires that a deprivation of liberty be in conformity with the principles of fundamental justice, but it does not guarantee the most equitable process of all; it dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated: see *R. v. Lyons*, *supra*. Therefore, while the guidelines proposed by the appellants are more stringent than those found in the legislative

Un examen de l'application des dispositions contestées aux faits de la présente affaire démontre amplement que le régime législatif, qui prive les parents de leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant dans certaines circonstances, est conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 requiert que la privation de liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale, mais il ne garantit pas le processus le plus équitable entre tous; il établit le seuil sous lequel l'intervention de l'État ne sera pas tolérée: voir l'arrêt *R. c. Lyons*, précité. Par conséquent, bien que les directives proposées par les appelants soient plus strictes que celles prévues dans le

scheme, the process nonetheless respects the constitutional requirements. In fact, those guidelines were, in substance, contemplated by the legislative scheme. Section 19(1)(b)(ix) of the Act applies to treatments which are deemed necessary. The hearing is adversarial, so that a debate on the medical questions can be presented. The Act requires that the Children's Aid Society notify the parents of a hearing that might affect their rights. The epithet "reasonable" ensures that the process will be adaptable to a myriad of situations. The wardship order is circumscribed and must be reviewed before its expiry.

In sum, the appellants were entitled to such notice, access to information and rights of representation as may be fair and reasonable having regard to the nature of the proceedings and the urgency with which they must be carried out. Tarnopolsky J.A. carefully examined these issues and concluded, and I agree with him, that the procedure, having regard to all the circumstances, did not violate the principles of fundamental justice.

Section 2(a) of the Charter

Turning now to s. 2(a) of the *Charter*, the appellants argued that the Act, which deprives them of the right to refuse medical treatment for their infant on religious grounds, violates their freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. Whealy Dist. Ct. J. found that the purpose of the statute was secular; and consequently, that there could not be any violation of the appellants' freedom of religion. Tarnopolsky J.A., on the other hand, was of the view that the Act, in its effect, infringed on the freedom of religion of the appellants, but that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. I note at the outset that it is the freedom of religion of the appellants — Sheena's parents — that is at stake in this appeal, not that of the child herself. While it may be conceivable to ground a claim on a child's own freedom of religion, the child must be old enough to entertain some religious beliefs in order to do so. Sheena was only a few weeks old at the time of the transfusion.

régime législatif, le processus satisfait néanmoins aux exigences constitutionnelles. En fait, ces directives étaient essentiellement envisagées par le régime législatif. Le sous-alinéa 19(1)b)(ix) de la Loi s'applique aux traitements réputés nécessaires. L'audience est de nature contradictoire, de sorte que les questions médicales peuvent être débattues. La Loi exige que la société d'aide à l'enfance avise les parents de l'audience qui pourrait toucher leurs droits. L'épithète «raisonnable» garantit que le processus pourra être adapté à une multitude de situations. L'ordonnance de tutelle est limitée et doit être revue avant son expiration.

Somme toute, les appelants avaient droit au préavis, à l'accès aux renseignements et à la représentation qui peuvent être justes et raisonnables, compte tenu de la nature et de l'urgence des procédures. Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a étudié ces questions et a conclu, ce à quoi je souscris, que, compte tenu de toutes les circonstances, la procédure n'a pas violé les principes de justice fondamentale.

L'alinéa 2a) de la Charte

En ce qui concerne l'al. 2a) de la *Charte*, les appelants font valoir que la Loi, qui les prive du droit de refuser, pour des motifs religieux, un traitement médical pour leur enfant, viole leur liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Le juge Whealy de la Cour de district a conclu que l'objet de la Loi était laïque et, conséquemment, qu'il ne pouvait y avoir de violation de la liberté de religion des appelants. Pour sa part, le juge Tarnopolsky était d'avis que la Loi, de par son effet, portait atteinte à la liberté de religion des appelants, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Je souligne, au départ, que c'est la liberté de religion des appelants — les parents de Sheena — qui est en jeu en l'espèce, et non celle de l'enfant. Même si, en théorie, il est possible de fonder une demande sur la liberté de religion de l'enfant, il faut alors que ce dernier soit suffisamment âgé pour nourrir des croyances religieuses. Sheena n'était âgée que de quelques semaines au moment de la transfusion.

104 Like the other provisions of the *Charter*, s. 2(a) must be given a liberal interpretation with a view to satisfying its purpose: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. stated, at p. 336:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice of by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

105 In *R. v. Jones*, *supra*, I observed that freedom of religion encompassed the right of parents to educate their children according to their religious beliefs. In *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, a case involving a custody dispute in which one of the parents was a Jehovah's Witness, L'Heureux-Dubé J. stated that custody rights included the right to decide the child's religious education. It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

106 It is evident that the purpose of the Act is not directed at limiting the freedom of Jehovah's Witnesses to choose medical treatment for their children, including the freedom to refuse a blood transfusion on religious grounds. It was not until 1945 that the Jehovah's Witnesses adhered to that precept, while the Act originates from a law first adopted in 1927, the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, c. 279. I do not rely solely on this historical fact, however. It seems to me that a simple reading of the Act makes it clear that its purpose is nothing more or less than the protection of children. But if the purpose of the Act does not infringe on the freedom of religion of the appellants, the same cannot be said of its effects. The legislative scheme implemented by the Act, which culminates in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, has denied them the right to choose medical treatment for their infant according to their religious beliefs.

À l'instar des autres dispositions de la *Charte*, l'al. 2a) doit être interprété libéralement de façon à atteindre son objectif: voir l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 336:

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai fait remarquer que la liberté de religion comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, une affaire où l'un des parents qui demandaient la garde était témoin de Jéhovah, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Il est évident que la Loi ne vise pas à limiter la liberté des témoins de Jéhovah de choisir un traitement médical pour leurs enfants, dont la liberté de refuser une transfusion sanguine pour des motifs religieux. Ce n'est qu'en 1945 que les témoins de Jéhovah ont adhéré à ce précepte, alors que la Loi tire son origine d'une loi adoptée pour la première fois en 1927, à savoir la *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, ch. 279. Cependant, je ne me fonde pas uniquement sur ce fait historique. Il me semble qu'une simple lecture de la Loi permet de conclure qu'elle ne vise ni plus ni moins qu'à protéger l'enfant. Cependant, si l'objet de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, on ne peut en dire autant de ses effets. Le régime législatif mis en œuvre par la Loi, qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant, les a privés du droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément à leurs croyances religieuses.

However, as the Court of Appeal noted, freedom of religion is not absolute. While it is difficult to conceive of any limitations on religious beliefs, the same cannot be said of religious practices, notably when they impact on the fundamental rights and freedoms of others. The United States Supreme Court has come to a similar conclusion; see *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court observed that freedom of religion could be subjected to "such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others" (p. 337). Similarly, in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. wrote, in *obiter*, at p. 182:

I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(a) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion.

A more difficult issue is whether the freedom of religion of the appellants is intrinsically limited by the very reasons underlying the state's intervention, namely the protection of the health and well-being of Sheena, or whether further analysis should be carried out under s. 1 of the *Charter*. In support of this thesis, the respondents have brought to this Court's attention a number of American cases, in which the scope of freedom of religion was limited. However, these cases are of little assistance, as the American Constitution contains no balancing provision comparable to s. 1 of the *Charter*.

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of

Toutefois, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, la liberté de religion n'est pas absolue. Bien qu'il soit difficile d'imaginer quelque limite aux croyances religieuses, il n'en va pas de même pour les pratiques religieuses, notamment lorsqu'elles ont une incidence sur les libertés et les droits fondamentaux d'autrui. La Cour suprême des États-Unis en est venue à une conclusion semblable; voir *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a souligné que la liberté de religion pouvait être assujettie aux «restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui» (p. 337). De même, dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé écrit, à titre d'opinion incidente, à la p. 182:

J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2a) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents.

Se pose donc la question plus difficile de savoir si la liberté de religion des appelants est intrinsèquement limitée par les motifs mêmes qui sous-tendent l'intervention de l'État, soit la protection de la santé et du bien-être de Sheena, ou de savoir si une autre analyse devrait être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*. À l'appui de cette thèse, les intimés ont porté à l'attention de notre Cour un certain nombre de décisions américaines dans lesquelles la portée de la liberté de religion a été restreinte. Toutefois, ces décisions ne sont guère utiles puisque la Constitution américaine ne contient aucune disposition exigeant l'appréciation des intérêts en jeu qui soit comparable à l'article premier de la *Charte*.

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion

religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones, supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*. A similar approach was taken in the context of s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression. In *R. v. Keegstra, supra*, Dickson C.J., writing for the majority, stated that s. 1 was better suited than s. 2(b) to facilitate the necessary balance between state and individual interests. McLachlin J. (in dissent but not on this point) also rejected several proposed limits to the scope of s. 2(b) rights. She suggested that expression should not be excluded from the scope of s. 2(b) merely because the effect of such expression was to impede free expression by others.

110

In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(a). As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra, supra*, while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2, it is analytically practical to do so (at pp. 733-34):

Suffice it to say that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal, supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(b) — one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable

dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de sou peser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2b) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2b) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Le juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point) a elle aussi rejeté plusieurs limites proposées à la portée des droits garantis par l'al. 2b). Elle a laissé entendre que l'expression ne devrait pas être exclue de la portée de l'al. 2b) simplement parce qu'elle avait pour effet d'empêcher d'autres personnes de s'exprimer librement.

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2b) pour sou peser des droits opposés. Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique (à la p. 734):

Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à sou peser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b) — on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayaient cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le

course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes*, *supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden. But in this case, it cannot be maintained that the effect on the rights of the appellants was of a minor character. As I am of the view that the Act seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith, it remains to be determined whether this infringement was justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter*

Turning now to s. 1 of the *Charter*, the appellants have argued that the state has not demonstrated, on a balance of probabilities, that Sheena was in need of protection within the meaning of the Act when she was apprehended by the Children's Aid Society. This argument fails to distinguish between the demonstration of the necessity of the treatment, as contemplated in the Act, and the demonstration of the reasonable nature of the legislative scheme, under s. 1 of the *Charter*. For the reasons already stated, one must take for granted the necessity of the medical treatment and thus, the need for protection under the Act.

The appellants have conceded that the state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. As already stated when discussing the conformity of state intervention with the principles of fundamental justice, the process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for

motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées. Or, en l'espèce, on ne saurait soutenir que l'effet sur les droits des appelants était négligeable. Puisque je suis d'avis que la Loi a gravement porté atteinte à la liberté des appelants de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi, il reste à déterminer si cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte*

Quant à l'article premier de la *Charte*, les appelants ont fait valoir que l'État n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que Sheena avait besoin de protection au sens de la Loi lorsqu'elle a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance. Cet argument ne fait aucune distinction entre la démonstration de la nécessité du traitement, prévue par la Loi, et celle de la nature raisonnable du régime législatif, au sens de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, il faut tenir pour acquis la nécessité du traitement médical et, par conséquent, le besoin de protection au sens de la Loi.

Les appelants ont reconnu que l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Comme je l'ai mentionné en analysant la conformité de l'intervention de l'État avec les principes de justice fondamentale, le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi

notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents. The restrictions the Act imposes on parental rights are, in my view, amply justified.

Addendum

114 Since writing the foregoing, I have read the reasons of my colleagues, Justices Iacobucci and Major. I must confess to being somewhat mystified by the purport they attribute to my reasons. I agree, of course, that parents may not, in the exercise of their rights to nurture their children, refuse them medical treatment that is necessary and for which there is no reasonable alternative. That, I thought, was the conclusion I came to. That conclusion is, of course, clearly contemplated by s. 1 of the *Charter*, which is the provision that “guarantees the rights and freedoms set out in it”, but it does so “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”, and as far as s. 7 is concerned by the requirements of fundamental justice.

115 If my colleagues are concerned with my mode of approach — the approach, I may say, traditionally employed by this Court from the earliest stages of *Charter* adjudication —, I have concerns with their method of limiting one constitutional right against another without relevance to context. Thus some of their remarks may be understood as supporting a parent’s rights being overturned simply because a professional thinks it is necessary to do so. I would be very much concerned if a medical professional were able to override the parent’s views without demonstrating that necessity. On my approach to the issues so far as s. 7 is concerned, it would be necessary to show that such action would not be contrary to the principles of fundamental justice. More generally, s. 1 requires an interference with the right to be demonstrably justified. That, I think, is perfectly right. In a case like the present where there is no immediate urgency, a

contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d’autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents. Les restrictions que la Loi impose aux droits parentaux sont, à mon avis, amplement justifiées.

Addenda

Depuis que j’ai écrit ce qui précède, j’ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Iacobucci et Major. J’avoue que le sens qu’ils prêtent à mes motifs me laisse quelque peu perplexe. Je conviens certes que, dans l’exercice de leur droit d’éduquer leurs enfants, les parents ne peuvent leur refuser un traitement médical nécessaire et pour lequel il n’existe aucune autre solution valable. C’est la conclusion à laquelle je croyais être arrivé. Cette conclusion, il va sans dire, est clairement envisagée par l’article premier de la *Charte* qui «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés», lesquels toutefois «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» et, dans la mesure où l’art. 7 est concerné, qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Si mes collègues sont préoccupés par ma façon de procéder — celle-là même, si je puis dire, à laquelle notre Cour a traditionnellement eu recours depuis ses toutes premières décisions fondées sur la *Charte* —, je m’inquiète de leur façon de restreindre un droit constitutionnel en fonction d’un autre droit sans rapport avec le contexte. Ainsi, certaines de leurs observations sont susceptibles d’être interprétées comme justifiant de passer outre aux droits des parents simplement parce qu’un professionnel juge nécessaire de le faire. Je serais fort inquiet si un professionnel de la santé pouvait passer outre à l’opinion des parents sans avoir à démontrer la nécessité de le faire. Suivant ma façon d’aborder les questions en litige, dans la mesure où l’art. 7 est concerné, il serait nécessaire de démontrer que pareille mesure ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. Plus généralement, l’article premier exige que la

CALL 1-855-SCC-1199

procedure meeting the demands of fundamental justice, which I was at pains to note the Act fully provides for, would be required.

In an emergency, the demands of fundamental justice are more easily met. In *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432, this Court alluded to a medical doctor's powers to take reasonable steps in such circumstances. These powers conform to the practices and procedures followed in this area and are consistent with principles of fundamental justice. The state's powers to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction would, in my view, similarly be justified under the principles of fundamental justice. As well, these actions "prescribed by law" seem to me quite clearly to be "reasonable limits prescribed by law [that] can be demonstrably justified in a free and democratic society".

My colleagues express concern that my reasons would create a situation in which a child's right to life or security is reduced to a limitation of the parent's constitutionally protected right. I should observe that my approach is dictated by the nature of the case presented to us. The sole issue before us was that raised by the parents, i.e. that their constitutional rights were infringed in the circumstances in which medical treatment was given to the child. In such a case, the parent's rights must, under s. 1, be balanced against the interests of others in a free and democratic society — in this particular case the right of their child. In that situation, I, not surprisingly, found the parent's rights were clearly overridden. If a situation arose where it was alleged that the child's right was violated, other rights might be raised as reasonable limits, but if the right alleged was the security of the child as in the present case, then the child's right would again prevail over a parent's rights. In short the

justification d'une atteinte au droit puisse se démontrer. Cela est, à mon avis, parfaitement légitime. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucune urgence immédiate, il serait nécessaire de suivre une procédure qui respecte les exigences de la justice fondamentale et que, me suis-je donné la peine de signaler, la Loi prévoit parfaitement.

Il est plus aisé de respecter les impératifs de la justice fondamentale lorsqu'il y a urgence. Dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 432, notre Cour a fait allusion au pouvoir d'un médecin de prendre des mesures raisonnables dans ces circonstances. Ce pouvoir est conforme aux pratiques et aux procédures suivies dans le domaine et respecte les principes de justice fondamentale. Le pouvoir de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime serait à mon avis pareillement justifié en vertu des principes de justice fondamentale. De même, ces mesures prescrites «par une règle de droit» me semblent clairement constituer des «limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Mes collègues disent craindre que mes motifs créent une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction du droit des parents garanti par la Constitution. Je tiens à souligner que ma position est dictée par la nature de l'affaire dont nous sommes saisis. L'unique question à trancher était celle qu'ont soulevée les parents, savoir que leurs droits constitutionnels ont été violés lorsqu'un traitement médical a été administré à l'enfant. Dans un tel cas, les droits des parents doivent, en vertu de l'article premier, être soupesés en fonction des droits d'autrui dans le cadre d'une société libre et démocratique — dans ce cas-ci, le droit de leur enfant. Il n'est donc guère surprenant que j'aie conclu qu'on a clairement passé outre aux droits des parents. Si on alléguait que le droit de l'enfant a été violé, d'autres droits pourraient être invoqués à titre de limites raisonnables, mais si le droit allégué était la sécurité de l'enfant, comme c'est le cas en l'es-

issue raised governs the form, but not the substance of the analysis.

pèce, alors celui-ci l'emporterait encore sur les droits des parents. Bref, la question soulevée régit la forme et non le fond de l'analyse.

118 I am happy to see that my colleagues concede that the balancing of the competing rights could be integrated in a s. 1 analysis, since apart from specific provisions such as "fundamental justice", that is the only balancing mechanism provided under the *Charter*. The *Charter* makes no provision for directly balancing constitutional rights against one another. It is aimed rather at governmental and legislative intrusion against the protected rights; see s. 32 of the *Charter*.

Je suis heureux de constater que mes collègues conviennent que l'évaluation des droits opposés pourrait être intégrée dans une analyse fondée sur l'article premier puisque, à l'exception de dispositions spécifiques comme la «justice fondamentale», cette analyse représente le seul instrument d'évaluation prévu sous le régime de la *Charte*. Cette dernière ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis; voir l'art. 32 de la *Charte*.

119 There are occasions where it may be necessary to define a right narrowly to make it workable as in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320, where the freedom of association was qualified to permit associations that are necessary and inevitable in a free and democratic society. That is not this case. This is simply a situation where competing constitutional rights fall within the equation in the balance called for by ss. 1 and 7. This can easily be accommodated in a s. 1 or s. 7 analysis; see, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. I should also underline that in *Lavigne*, the right was interpreted as widely as possible consistent with its being workable. Wilson J., hardly an opponent of broad *Charter* interpretation, found it necessary to define the right more narrowly than I did. I thus fail to see the analogy my colleagues would draw between *Lavigne* and the present case. In the former, it was essential to narrow the right to make it workable. Here what is attempted is to limit a right by another, with no stated mechanism for judicially determining just when, on the facts, the first right is overridden. To get a fuller appreciation of what this means in the present context, one need simply postulate that the Act impugned here, with all its inbuilt protection for parental rights, did not exist, and was substituted by an Act that made no provision even for notifying parents when some state

Il est parfois nécessaire de définir strictement un droit afin de le rendre applicable, comme ce fut le cas dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 320, où il a été jugé que la liberté d'association permettait les associations qui sont nécessaires et inévitables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'en est rien en l'espèce. Il s'agit simplement d'une situation où des droits constitutionnels opposés entrent en ligne de compte dans l'évaluation requise par l'article premier et l'art. 7. Cela est facilement réalisable dans une analyse fondée sur l'article premier ou sur l'art. 7; voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Je tiens également à souligner que, dans *Lavigne*, on a interprété le droit en question aussi libéralement que possible afin de le rendre applicable. Le juge Wilson, qui n'était guère contre une interprétation libérale de la *Charte*, a jugé nécessaire de donner au droit une définition plus stricte que je ne l'ai fait moi-même. Je ne vois donc pas l'analogie que mes collègues établiraient entre *Lavigne* et la présente affaire. Dans l'arrêt *Lavigne*, il était nécessaire de restreindre la portée du droit pour le rendre applicable, alors qu'en l'espèce on tente de restreindre un droit par un autre, sans moyen explicite de déterminer judiciairement exactement quand, d'après les faits, on a passé outre au premier droit. Pour pouvoir mieux appré-

agent decided a certain treatment was necessary for a child.

In my view, *Charter* rights should always be interpreted broadly. Apart from the fact that this brings in the full contextual picture in balancing them with other rights under s. 1, a narrower interpretation has the effect of forever narrowing the ambit of judicial review, and so limiting the scope of judicial intervention for the protection of the individual rights guaranteed under the *Charter*. This approach forms the basis of my disagreement with the Chief Justice's approach to s. 7, first enunciated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, under which he would confine liberty to physical liberty.

I add incidentally that I do not (as my colleagues Iacobucci and Major JJ. appear to suggest) think that liberty is all encompassing. I have been at pains to underline that it is limited to those essentially personal rights that are inherent to the individual which in my view include (and on this I believe we agree) the right of parents to nurture their children. Even as so defined, an interference with liberty may be justified as being in conformity with the principles of "fundamental justice". At bottom, I think "liberty" means the ordinary liberty of free men and women in a democratic society to engage in those activities that are inherent to the individual. These may not be extensive, but where they exist, they must under the Constitution be protected from state intervention unless that intervention can be justified. Sometimes that justification is evident. In other cases, it will require close contextual analysis. Here the security of the child was clearly paramount. What was more difficult, and what in the end the appellants really directed their argument to, is whether the procedures to

cier ce que cela signifie dans le présent contexte, il suffit simplement de supposer que la Loi contestée en l'espèce, avec toute la protection qu'elle accordait aux droits des parents, n'existait pas et qu'elle a été remplacée par une loi qui ne prévoyait même pas qu'il fallait aviser les parents lorsqu'un mandataire de l'État décidait qu'un traitement donné était nécessaire à un enfant.

À mon avis, les droits garantis par la *Charte* devraient toujours être interprétés libéralement. Outre le fait que cela permet d'obtenir un portrait complet du contexte lorsqu'ils sont évalués en fonction d'autres droits en vertu de l'article premier, une interprétation restrictive a pour effet de restreindre à jamais la portée du contrôle judiciaire et de limiter ainsi celle d'une intervention judiciaire visant la protection des droits individuels garantis par la *Charte*. C'est là le fondement de mon désaccord avec la façon dont le Juge en chef aborde l'art. 7, qui, exposée pour la première fois dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, consiste à cantonner la liberté à sa dimension physique.

J'ajoute, en passant, que, contrairement à ce que mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent laisser entendre, je ne crois pas que la liberté soit absolue. J'ai pris la peine de souligner qu'elle se limite aux droits essentiellement personnels qui sont inhérents à l'individu et qui, à mon avis, incluent (et, à cet égard, je crois que nous sommes d'accord) le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Même ainsi définie, une atteinte à la liberté peut être justifiée pour le motif qu'elle est conforme aux principes de «justice fondamentale». Au fond, je crois que la «liberté» s'entend de la liberté ordinaire qu'ont les hommes et les femmes libres, dans une société démocratique, de se livrer aux activités inhérentes à l'individu. Celles-ci ne sont peut-être pas nombreuses, mais lorsqu'elles existent, elles doivent, en vertu de la Constitution, être protégées contre l'intervention de l'État, à moins que cette intervention ne soit justifiable. Ce caractère justifiable est parfois manifeste. Dans d'autres cas, il exigera un examen attentif du contexte. En l'espèce, c'est nettement la sécurité de

determine respect for the parents' rights under the Act were sufficient to satisfy ss. 1 and 7 of the *Charter*. That such procedures must have effect before, and not following the action invasive of the parents' rights, seems to me to be essential and to be clearly required by ss. 1 and 7.

Cross-appeal: Costs

122 The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

Disposition

123 The concern voiced by the appellants in the present appeal raises the more general question of the appropriateness of proceeding with treatments for which the medical benefits are highly questionable, when parental refusal is in part only grounded on religious beliefs. However, the medical evidence presented in 1983, as well as that presented before Whealy Dist. Ct. J., does not permit us to question the necessity of the blood transfusion, although some might in retrospect be tempted to do so. This appeal does remind us, however, of the necessity of proceeding with care when overriding parental refusal. However, I am satisfied that the courts did just that in this case. For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and answer the constitutional questions in the following manner:

l'enfant qui compte le plus. Ce qui est plus difficile et ce sur quoi les appelants ont, en définitive, vraiment axé leur plaidoirie, c'est de savoir si les procédures visant à déterminer s'il y avait respect des droits des parents, en vertu de la Loi, étaient suffisantes pour satisfaire à l'article premier et à l'art. 7 de la *Charte*. Il me semble être essentiel et nettement requis par l'article premier et l'art. 7 que de telles procédures se déroulent avant et non pas après la mesure qui empiète sur les droits des parents.

Pourvoi incident: dépens

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Dispositif

La préoccupation exprimée par les appelants en l'espèce soulève la question plus générale de l'opportunité d'administrer des traitements dont les vertus thérapeutiques sont très douteuses lorsque le refus des parents n'est qu'en partie fondé sur des croyances religieuses. Toutefois, la preuve médicale présentée en 1983, comme celle qui a été présentée au juge Whealy, ne nous permet pas de douter de la nécessité de la transfusion sanguine, bien que certains puissent, avec le recul, être tentés de le faire. Ce pourvoi nous rappelle cependant la nécessité de procéder avec soin lorsqu'il s'agit de passer outre au refus des parents. Cependant, je suis convaincu que c'est ce que les tribunaux ont fait en l'espèce. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

This question does not arise.

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Yes.

I would make no order as to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting on the cross-appeal) — This case consists of both an appeal and a cross-appeal. The appeal concerns the constitutionality of s. 19(1)(b)(ix) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, as well as that of the legislative scheme established under ss. 21, 27, 28(1), (10)

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question ne se pose pas.

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Oui.

Je suis d'avis de n'accorder aucuns dépens devant notre Cour.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au pourvoi incident) — Cet appel comporte deux volets: l'un principal, l'autre incident. Le pourvoi principal porte sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)b(ix) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, et sur celle du régime législatif établi aux

and (12), 30(1)2 and 41 of that Act. As appears from the judgment rendered orally from the Bench on March 17, 1994, I agree with my colleagues that this principal appeal should be dismissed. In this respect, I concur with the reasons of my colleague La Forest J. However, I part company with my colleagues when it comes to the cross-appeal, on which this Court had reserved judgment at the time of the hearing. Unlike my colleagues, I would allow the cross-appeal.

126 The issue on the cross-appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in upholding the decision of the Ontario District Court to award costs against the Attorney General for Ontario who intervened in support of the legislation which was constitutionally challenged by the appellants. I agree with Houlden J.A., dissenting on this issue at the Ontario Court of Appeal, that the cross-appeal should be allowed and that no costs should have been awarded against the Attorney General for Ontario by the Ontario District Court.

127 In explaining this conclusion, I will refer, in order to simplify matters, to the Attorney General for Ontario, the respondent in the principal appeal, as the "respondent", and to Richard and Beena B., the appellants in the principal appeal, as the "appellants", even though, on the cross-appeal, the Attorney General for Ontario is the appellant and Richard and Beena B. are the respondents. Furthermore, I note that while my reasons specifically refer to the Attorney General for Ontario's position, they also apply to that of the Attorney General of Canada, who intervened before us to support the position of the Attorney General for Ontario on the cross-appeal.

I — Facts and Proceedings

128 Sheena B. was born four weeks prematurely on June 25, 1983 and, as a result of her physical condition, was transferred to the Sick Children's Hospital in Toronto. During the following few weeks, the doctors responsible for her care detected many physical ailments and she received a number of medical treatments. The appellants, her parents,

art. 21 et 27, aux par. 28(1), (10) et (12), à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41 de la Loi. Comme il appert du jugement rendu oralement à l'audience le 17 mars 1994, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que le pourvoi principal doit être rejeté. À cet égard, je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je fausse compagnie à mes collègues quant au pourvoi incident que notre Cour a mis en délibéré à l'audience. Contrairement à eux, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

La question que soulève le pourvoi incident est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en confirmant la décision de la Cour de district de l'Ontario de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui est intervenu en faveur de la loi dont les appellants contestaient la constitutionnalité. Je suis d'accord avec le juge Houlden, dissident sur cette question en Cour d'appel de l'Ontario, pour dire que le pourvoi incident devrait être accueilli et que la Cour de district de l'Ontario n'aurait pas dû condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Afin de simplifier les choses, dans le cours de mes motifs j'appellerai le procureur général de l'Ontario, intimé dans le pourvoi principal, l'«intimé», et Richard et Beena B., appelants dans le pourvoi principal, les «appelants», même si, dans le pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario est l'appellant et Richard et Beena B. sont les intimés. En outre, je signale que, même si mes motifs réfèrent explicitement à la position du procureur général de l'Ontario, ils s'appliquent également à celle du procureur général du Canada qui est intervenu devant nous pour appuyer la position du procureur général de l'Ontario dans le pourvoi incident.

I — Les faits et les procédures

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. En raison de son état physique, elle a été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto. Pendant les semaines qui ont suivi, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques décelés par ses médecins traitants. Ses parents, les

consented to all of these treatments although, at their request, the attending physicians avoided the use of blood transfusions in treating Sheena B. The appellants, as Jehovah's Witnesses, objected to blood transfusions on religious grounds.

On the night of July 30, 1983 and during the early morning hours of July 31, 1983, Sheena B.'s haemoglobin level dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion in order to treat a potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, 1983, upon an application by the respondent Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (the "CAS") under the *Child Welfare Act*, Judge Main of the Provincial Court (Family Division) granted a 72-hour wardship to the CAS on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. On August 19, 1983, upon a status review application pursuant to the *Child Welfare Act*, this temporary wardship was extended by Judge Main for a further three-week period: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Ultimately, on August 23, 1983, Sheena B. received a blood transfusion as part of the standard procedure for the examination and operation for a suspected glaucoma.

Once the blood transfusion had been administered, the respondent CAS's wardship order was terminated: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (Walmsley A.C. Prov. J.). Sheena B.'s parents, however, appealed the two orders of the Provincial Court relating to the wardship to the District Court where they challenged the constitutional validity of s. 19(1)(b)(ix) and s. 28(10) of the *Child Welfare Act*. The respondent Attorney General for Ontario and the intervener Attorney General of Canada were each served with a Notice of Constitutional Question in accordance with s. 122 of the *Ontario Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43). The Attorney General for Ontario intervened to defend the legislation in this and all sub-

appelants, ont consenti à tous les traitements, bien qu'à leur demande les médecins traitants n'aient procédé à aucune transfusion sanguine pour soigner Sheena B. Les appelants, qui sont témoins de Jéhovah, s'opposaient aux transfusions sanguines pour des motifs religieux.

Au cours de la nuit du 30 juillet 1983 et tôt le matin du 31 juillet 1983, le taux d'hémoglobine de Sheena B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont jugé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet 1983, à la suite d'une demande présentée par l'intimée, la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (la «CAS»), en vertu de la *Child Welfare Act*, le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé à la CAS une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Le 19 août 1983, à la suite d'une demande de révision de statut fondée sur la *Child Welfare Act*, le juge Main a prolongé la tutelle temporaire pour une période de trois semaines: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Sheena B. a finalement reçu une transfusion sanguine le 23 août 1983, dans le cadre de la procédure normale d'examen et d'opération pour un glaucome redouté.

Dès que la transfusion sanguine eut été administrée, l'ordonnance de tutelle en faveur de l'intimée, la CAS, a pris fin: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (le juge en chef adjoint Walmsley de la C. prov.). Les parents de Sheena B. ont toutefois interjeté appel contre les deux ordonnances de tutelle rendues par la Cour provinciale, devant la Cour de district où ils ont contesté la constitutionnalité du sous-al. 19(1)(b)(ix) et du par. 28(10) de la *Child Welfare Act*. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, et l'intervenant, le procureur général du Canada, ont tous deux reçu un avis de question constitutionnelle conformément à l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43). Le

sequent legal proceedings leading up to the present appeal.

procureur général de l'Ontario est intervenu pour défendre la Loi dans cet appel et dans toutes les procédures subséquentes qui ont abouti au présent pourvoi.

131 Upon the respondent CAS's motion, the appeal to the District Court was dismissed on the ground that the case was moot since there was no longer a *lis* between the parties and the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act, 1984*, S.O. 1984, c. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (Webb Dist. Ct. J.)). On a further appeal, the Ontario Court of Appeal held that the District Court had erred in dismissing the original appeal and referred the case back to the District Court to be decided on its merits, namely the right of parents to determine their child's medical treatment and the constitutionality of the *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (Grange and Krever J.J.A., Griffiths J.A. dissenting).

À la requête de l'intimée, la CAS, l'appel devant la Cour de district a été rejeté pour le motif que le débat était théorique étant donné que plus aucun litige n'opposait les parties et que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (le juge Webb)). À la suite d'un appel subséquent, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en rejetant le premier appel, et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la tranche au fond, c'est-à-dire pour qu'elle statue sur le droit des parents de déterminer le traitement médical que subira leur enfant et sur la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident).

132 As a result, the District Court reheard the appeal on its merits. This hearing proceeded as a trial *de novo*, with fresh evidence being adduced pursuant to s. 122(4) (now 109(4)) of the Act. The respondent Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. The whole hearing ran over a 20-day period. Ultimately, Whealy Dist. Ct. J. dismissed the appeal and upheld the constitutionality of the *Child Welfare Act*. In an addendum to his reasons for judgment, Whealy Dist. Ct. J. ordered the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) to pay the costs of the appellants, on a party-and-party basis. No order as to costs was made against the respondents CAS or the Official Guardian.

La Cour de district a donc réentendu l'appel au fond. Cette audition a pris la forme d'un nouveau procès, une nouvelle preuve étant présentée conformément au par. 122(4) (maintenant le par. 109(4)) de la Loi. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a appelé à témoigner six des huit experts de l'intimée, la CAS, et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'audition s'est étalée sur une période de 20 jours. Le juge Whealy de la Cour de district a finalement rejeté l'appel et confirmé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Dans un addenda à ses motifs de jugement, il a ordonné à l'intimé, le procureur général de l'Ontario (alors intervenant), de payer aux appelants leurs dépens comme entre parties. Aucun des intimés, que ce soit la CAS ou le tuteur public, ne s'est vu ordonner de payer des dépens.

133 The appellants further appealed to the Ontario Court of Appeal and the respondent Attorney General for Ontario cross-appealed the order as to costs. The appeal and the cross-appeal were both dismissed, without costs on the appeal and cross-appeal. This Court then granted the appellants leave to appeal and the respondent Attorney Gen-

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et l'intimé, le procureur général de l'Ontario, a interjeté un appel incident contre l'ordonnance sur les dépens. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été rejetés, sans dépens. Notre Cour a, par la suite, accordé aux appelants l'autorisation de se pourvoir, et à l'in-

eral for Ontario leave to cross-appeal from the Ontario Court of Appeal decision: [1993] 1 S.C.R. ix.

II — Judgments concerning the Issues Raised in the Cross-Appeal

Ontario District Court

Although the appellants lost on the merits, Whealy Dist. Ct. J., relying on the discretion conferred by Rule 57.01(2) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84 (hereinafter the "*Rules*"), awarded the appellants costs on a party-and-party basis against the respondent Attorney General for Ontario, for essentially the following reasons:

1. This case was distinguishable from those where it was decided that costs should not be awarded against a successful party;
2. The original litigation was triggered by state action through the respondent CAS;
3. The issue was of province-wide importance; and
4. The manner of hearing the appeal was "almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks". In addition, the case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned", leading to a re-trial on the basis of fresh evidence at the appellate level.

Although Whealy Dist. Ct. J. ordered costs against the respondent Attorney General for Ontario, he nonetheless agreed with the Attorney General for Ontario on two points. First, he agreed that there was no bad conduct on behalf of the Attorney General for Ontario which would justify a punitive award of costs against a successful party. Second, he agreed that the fact that the appellants were individuals of modest means (even if supported by their church) and that the Attorney General for Ontario had practically unlimited resources was not relevant to the allocation of costs, for otherwise the result would be a flood of marginal appli-

timé, le procureur général de l'Ontario, l'autorisation de former un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario: [1993] 1 R.C.S. ix.

II — Décisions concernant les questions soulevées dans le pourvoi incident

Cour de district de l'Ontario

Bien que les appelants aient perdu au fond, le juge Whealy, invoquant le pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 560/84 (ci-après les «*Règles*»), a condamné l'intimé, le procureur général de l'Ontario, à payer aux appelants des dépens comme entre parties, pour essentiellement les motifs suivants:

1. L'affaire est distincte de celles où l'on a décidé de ne pas condamner aux dépens la partie obtenant gain de cause;
2. Le litige initial a été déclenché par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de l'intimée, la CAS;
3. La question est importante pour toute la province;
4. Le mode d'audition de l'appel est «quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines». En outre, l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés», aboutissant à un nouveau procès sur la foi d'une nouvelle preuve au niveau d'appel.

Bien qu'il ait condamné au dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, le juge Whealy s'est néanmoins dit d'accord avec celui-ci sur deux points. Premièrement, il a convenu que le procureur général de l'Ontario n'avait pas fait preuve de conduite répréhensible qui justifierait de condamner la partie ayant obtenu gain de cause à payer des dépens punitifs. Deuxièmement, il a convenu que le fait que les appelants soient des particuliers aux moyens modestes (même s'ils recevaient le soutien de leur église) et que le procureur général de l'Ontario dispose de ressources quasi illimitées n'était pas pertinent en matière d'attribution de dépens,

cations against the Crown. To this end, Whealy Dist. Ct. J. referred to the following remarks of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), at p. 242: "... it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged".

Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

136 Tarnopolsky J.A., for the majority, agreed with Whealy Dist. Ct. J. that the respondent Attorney General for Ontario was completely successful and had exhibited no "bad conduct". Furthermore, he noted, as Whealy Dist. Ct. J. had, that the available resources of the parties were irrelevant to the decision on costs and, in any event, that there was no evidence as to the appellants' or the respondent's resources.

137 Furthermore, Tarnopolsky J.A. observed that, even though the litigation in question was originally triggered by an act of the state, this was not in and of itself sufficient for granting the appellants their costs, since, on that basis, any accused person could successfully claim costs. However, he concluded that since the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this case fell within the ambit of Rule 57.01(1)(d) ("the importance of the issues"), because the question raised was of "province-wide importance", "national importance" and "international significance".

138 Tarnopolsky J.A. also referred to and did not disturb Whealy Dist. Ct. J.'s finding that this case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned". In addition he then made the following remarks (at pp. 355-56):

car, autrement, il en résulterait une multitude de demandes marginales contre le ministère public. À cette fin, le juge Whealy a rappelé les remarques suivantes du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), à la p. 242: [TRADUCTION] «... il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales».

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321

Le juge Tarnopolsky a, au nom de la cour à la majorité, convenu avec le juge Whealy de la Cour de district que l'intimé, le procureur général de l'Ontario, avait obtenu gain de cause sur toute la ligne et qu'il n'avait fait preuve d'aucune «mauvaise conduite». En outre, a-t-il fait remarquer à l'instar du juge Whealy, les ressources dont disposaient les parties n'avaient rien à voir avec la décision relative aux dépens et, quoi qu'il en soit, aucune preuve n'a été produite quant aux ressources des appelants et de l'intimé.

De plus, le juge Tarnopolsky a souligné que, bien que le litige en question ait été déclenché initialement par l'action de l'État, cela ne constituait pas en soi un motif suffisant pour accorder aux appelants leurs dépens puisque, sur ce fondement, toute demande de dépens de la part d'une personne inculpée pourrait réussir. Toutefois, il a conclu que, comme les appelants s'étaient opposés à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette affaire relevait de la règle 57.01(1)d) («l'importance des questions en litige») puisque la question soulevée était d'«importance pour toute la province», d'«importance nationale» et d'«importance internationale».

Le juge Tarnopolsky a aussi mentionné, sans la modifier, la conclusion du juge Whealy que l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés». De plus, il a ensuite fait les observations suivantes (aux pp. 355 et 356):

In any event, the case before Whealy D.C.J. was complicated, the hearings were very lengthy, and were a form of retrial. The Attorney General submits that a factor that should have been considered was that the learned District Court judge found two of the appellants' witnesses "not too helpful", that he found that one of the other witnesses "did not materially advance either position put before the court", and that two others were "irrelevant". However, it was Whealy D.C.J. who heard all these witnesses and yet granted costs to the appellants. Apparently, although he did not accept their evidence in preference to that of the respondents, he did not consider the evidence on behalf of the appellants to be so "improper, vexatious or unnecessary" (rule 57.01(1)(f)(i)) as to override the other considerations. I do not believe that an appellate court should second-guess him on this.

In view of the factors he identified, Tarnopolsky J.A. dismissed the respondent's argument that Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs would encourage marginal applications for constitutional challenges, which, in any event, was not the case here. Accordingly, Tarnopolsky J.A. affirmed Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs and dismissed the cross-appeal. However, he did not award costs on the appeal or the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal.

Goodman J.A. concurred with Tarnopolsky J.A. but expressed the opinion that costs should be awarded against a successful party only in exceptional cases. However, he was not persuaded that the case before him was not a proper case for such an award, and therefore concluded that he would not "interfere with the discretion exercised by the District Court judge in his award of costs to the appellants" (p. 356).

Houlden J.A., dissenting, would have allowed the cross-appeal on the basis that the Attorney General for Ontario was required by the *Courts of Justice Act* to intervene in the proceedings in order to uphold the validity of the legislation and, furthermore, was successful in doing so. In his view, it would "create a dangerous precedent to award

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, l'affaire dont était saisi le juge Whealy de la Cour de district était complexe, et les auditions ont été très longues et ont constitué une sorte de nouveau procès. Le Procureur général soutient qu'on aurait dû tenir compte du fait que le juge de la Cour de district a conclu que le témoignage de deux des témoins des appelants n'était «pas très utile», que l'un des autres témoins «n'a pas fait avancer sensiblement l'une ou l'autre position soumise à la cour», et que deux autres témoignages étaient «sans pertinence». Toutefois, le juge Whealy, qui a entendu tous ces témoins, a néanmoins accordé des dépens aux appelants. Apparemment, bien qu'il n'ait pas préféré leur témoignage à ceux des intimés, il n'a pas considéré que la preuve des appelants était «irrégulière, vexatoire ou inutile» (règle 57.01(1)(f)(i)) au point de supplanter les autres considérations. Je ne crois pas qu'une cour d'appel doive le critiquer après coup à cet égard.

Compte tenu des facteurs qu'il a identifiés, le juge Tarnopolsky a écarté l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens encouragerait des demandes marginales de contestations constitutionnelles, ce qui, de toute façon, n'était pas le cas en l'espèce. Le juge Tarnopolsky a donc confirmé l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens et rejeté l'appel incident. Toutefois, il n'a accordé aucuns dépens quant à l'appel ou à l'appel incident interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Le juge Goodman a souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky, mais il s'est dit d'avis que la partie obtenant gain de cause ne devrait être condamnée aux dépens que dans des cas exceptionnels. Toutefois, comme il n'était pas convaincu qu'il ne convenait pas, dans cette affaire, d'accorder de tels dépens, il a décidé de ne pas [TRADUCTION] «intervenir dans le pouvoir discrétionnaire que le juge de la Cour de district a exercé en accordant des dépens aux appelants» (p. 356).

Dissident, le juge Houlden aurait accueilli l'appel incident pour le motif que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* obligeait le procureur général de l'Ontario à intervenir dans les procédures afin de confirmer la validité de la loi en question et que, par ailleurs, il l'avait fait avec succès. À son avis, [TRADUCTION] «condamner aux dépens le Procu-

costs against the Attorney General in these circumstances" (p. 360).

142 I note that my colleague La Forest J. disposes of the cross-appeal in a manner similar to Goodman J.A. of the Court of Appeal. At page 390 he states:

The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

I, however, disagree with this conclusion for the following reasons.

III — Jurisdiction

143 At the hearing before us, the jurisdiction of this Court to interfere with the exercise of judicial discretion was raised and s. 42(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, was discussed in that regard. Section 42(1) reads:

42. (1) No appeal lies to the Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

However, this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 826 (*per* Wilson J.), that s. 42(1) (then s. 44(1)) does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. This is a question of law, in respect of which s. 42(1) does not apply. In addition, s. 42(1) does not preclude this Court from interfering with a trial judge's discretion if it was not exercised judicially. As Lamer J. (as he then was) indicated at p. 1657 of *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645, s. 42 of the *Supreme*

reur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent» (p. 360).

Je remarque que mon collègue le juge La Forest tranche le pourvoi incident d'une manière semblable à celle qu'a adoptée le juge Goodman de la Cour d'appel. À la page 390 de ses motifs, il écrit:

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Je ne suis, cependant, pas d'accord avec cette conclusion pour les motifs qui suivent.

III — Compétence

Lors de l'audience tenue devant nous, la question de la compétence de notre Cour pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire a été soulevée, et le par. 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, a été examiné à cet égard. Le paragraphe 42(1) se lit ainsi:

42. (1) Ne sont pas susceptibles d'appel devant la Cour les jugements ou ordonnances rendus dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en equity nées hors du Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

Cependant, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 826 (le juge Wilson), que le par. 42(1) (alors le par. 44(1)) ne l'empêche pas d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'une question de droit, à l'égard de laquelle le par. 42(1) ne s'applique pas. En outre, le par. 42(1) n'empêche pas notre Cour d'intervenir lorsque le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance n'a pas été exercé

Court Act "aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision" (emphasis added).

While it is true that courts of appeal should, in general, respect a trial judge's discretion and should not interfere lightly with the exercise of such a discretion, this rule is not absolute. This Court has, on numerous occasions, held that it has jurisdiction to interfere with the judicial exercise of discretion if not properly exercised. For instance, in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, this Court concluded that it was within the jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal to grant leave to appeal to a person seeking leave which was not a party to the original action and was applying out of time. Although this constituted the exercise of a discretionary power, it was reviewable by this Court. Speaking for the Court on this issue, Wilson J. had this to say (at p. 606):

The concept of a "judicial exercise of discretion" seems to have two prerequisites, namely (1) that the subject matter be within the jurisdiction of the Court; and (2) that the Court must take into consideration all the relevant factors. [Emphasis added.]

In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., writing for the Court, outlined (at pp. 155-56) the circumstances where a court of appeal could interfere with the discretion of a trial judge with respect to stays of proceedings and interlocutory injunctions by quoting the following passage from the House of Lords' unanimous decision in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046 (*per* Lord Diplock):

[The appellate court] may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before

judiciairement. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'indique, à la p. 1657 de l'arrêt *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645, l'art. 42 de la *Loi sur la Cour suprême* «ne vise [...] qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire» (je souligne).

Même s'il est vrai que les cours d'appel devraient, en général, respecter le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance et ne pas intervenir à la légère dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, cette règle n'est pas absolue. Notre Cour a, à maintes reprises, conclu qu'elle était compétente pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, si celui-ci n'avait pas été exercé régulièrement. Par exemple, dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était compétente pour accorder l'autorisation d'en appeler à une personne qui n'était cependant pas partie à l'action initiale et dont la demande était hors délai. Même s'il s'agissait là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait faire l'objet d'un examen par notre Cour. Le juge Wilson s'exprime ainsi, au nom de la Cour, à ce sujet (à la p. 606):

Le concept d'un «exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire» semble comporter deux exigences préalables, savoir (1) que la question relève de la compétence de la cour et (2) que la cour prenne en considération tous les éléments pertinents. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz énonce, au nom de la Cour, aux pp. 155 et 156, les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance relativement aux arrêts de procédures et aux injonctions interlocutoires, en citant le passage suivant de l'arrêt unanime de la Chambre des lords *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046 (lord Diplock):

[TRADUCTION] [La cour d'appel] peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur

him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it.

une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre.

146

In *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, this Court reviewed the exercise of a trial judge's discretion under provincial matrimonial property legislation, the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, to order an unequal division of the matrimonial property of the spouses upon the breakup of their marriage. While this Court unanimously concluded that the British Columbia Court of Appeal had erred in interfering with the discretion of the trial judge, Gonthier J. made the following remarks, which are particularly apposite here (at pp. 1374-75):

Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge's discretion. It is he who has the advantage of hearing the parties and is in the best position to weigh the equities of a case. The principle of non-interference has been emphasized by this Court in a number of cases concerning the division of family property. In *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, the Court did interfere with the discretion of the trial judge, but only because the trial judge had acted on certain irrelevant considerations and the Court of Appeal had been misled on a matter of evidence by one of the parties. Chief Justice Laskin for the majority wrote at p. 18:

Dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, notre Cour a examiné l'exercice par un juge du pouvoir discrétionnaire, que lui conférait une loi provinciale relative aux biens matrimoniaux, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, d'ordonner un partage inégal des biens familiaux des époux à la dissolution de leur mariage. Bien que notre Cour ait conclu à l'unanimité que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait commis une erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le juge Gonthier fait les remarques suivantes qui sont particulièrement justes en l'espèce (aux pp. 1374 et 1375):

Les cours d'appel devraient avoir beaucoup d'hésitation à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. C'est lui qui a l'avantage d'entendre les parties et qui est le mieux placé pour apprécier l'équité d'une affaire. Cette Cour a souligné le principe de la non-intervention dans plusieurs arrêts concernant la répartition de biens familiaux. Dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la Cour est bien intervenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais seulement parce que celui-ci s'était fondé sur certaines considérations non pertinentes et que la Cour d'appel avait été induite en erreur par une des parties sur une question de preuve. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité à la p. 18:

(A)n appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with

(U)ne cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'intervenir

the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*...

In the same case, Estey J. for the minority, dissenting in part, but only as to the share the wife should have in the matrimonial home, wrote at p. 24:

An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.

If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate per Laidlaw J.A.*, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), at p. 785.) [Emphasis added.]

In a subsequent case, this Court dealt with the discretionary nature of the direct action in nullity under art. 33 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326. Referring to *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*, and adopting the observations of Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, *supra*, Gonthier J. wrote, at p. 370:

I would point out that discretion and arbitrary action should not be confused. While arbitrary action means power exercised at will, just as the person likes, discretion, though it removes the strict duty to act, is subject to certain rules. A judge hearing a direct action in nullity does not decide to do what he feels like doing, but must exercise his power of review in a judicial manner, direct himself correctly in law and observe the applicable principles. [Emphasis added.]

The power of appellate courts to interfere with a trial judge's discretion is also well recognized in criminal law (see, *inter alia*: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 698 (*per* Dickson C.J.)); *R. v.*

nir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act*...

Dans le même arrêt, le juge Estey au nom de la minorité, dissident seulement quant à la part que l'épouse devait avoir dans la résidence familiale, écrit à la p. 24:

Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*, le juge d'appel Laidlaw, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), à la p. 785.) [Je souligne.]

Dans une affaire subséquente, notre Cour s'est penchée sur la nature discrétionnaire de l'action directe en nullité prévue à l'art. 33 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326. Invoquant l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité, et adoptant les observations de lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, précité, le juge Gonthier écrit, à la p. 370:

Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie, à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. Le juge saisi d'une action directe en nullité ne décide pas selon son bon plaisir ce qu'il lui plaît, mais doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle, bien se diriger en droit et respecter les principes qui s'appliquent. [Je souligne.]

Le pouvoir des cours d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance est également bien reconnu en droit criminel (voir, notamment, *R. c. Corbett*, [1988] 1

Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 856 (*per* Cory J.)).

R.C.S. 670, à la p. 698 (le juge en chef Dickson); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 856 (le juge Cory)).

149

In the same vein, although this Court has often reiterated that a court of appeal should refrain from interfering with findings of facts made by a trial judge, it has also made it clear that a court of appeal can, and should, interfere if the trial judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or has drawn erroneous conclusions from the evidence. In other words, a court of appeal can interfere with a trial judge's fact-finding discretion if he or she does not exercise it judicially. See: *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121 (*per* McLachlin J.) and all cases cited therein; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and all cases cited therein; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50 (*per* Le Dain J.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pp. 700-701 (*per* Dickson J. (as he then was)); and *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4 (*per* Dickson J.).

Dans la même veine, bien que notre Cour ait souvent réitéré qu'une cour d'appel devrait se garder d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, elle a également précisé qu'une cour d'appel peut et devrait intervenir si le juge de première instance a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. En d'autres termes, une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance de tirer des conclusions de fait si ce dernier ne l'exerce pas judiciairement. Voir: *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la p. 121 (le juge McLachlin), et toute la jurisprudence qui y est citée, *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250 (le juge Le Dain), *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, aux pp. 700 et 701 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)), et *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, à la p. 4 (le juge Dickson).

150

In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, this Court considered the propriety of a Federal Court of Appeal decision to reverse a decision by a motions judge of the Federal Court Trial Division to dismiss the respondent Society's application for orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* to compel the Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467. Before us, the appellants argued that the Federal Court of Appeal had erred in interfering with the trial judge's exercise of discretion. La Forest J., writing for the majority, was of the opinion that a court of appeal can interfere with a trial judge's discretion when he or she "refuse[s] to take into consideration a

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, notre Cour s'est penchée sur l'opportunité de la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision d'un juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter la demande de la société intimée visant à obtenir des ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* qui auraient contraint le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à respecter le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* fédéral, DORS/84-467. Les appelants ont fait valoir, devant notre Cour, que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge

major element for the determination of the case" (at p. 77, citing Beetz J.'s words in *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588). La Forest J. therefore concluded that the Federal Court of Appeal did not err in interfering with the trial judge's discretion, since the trial judge did not adequately weigh the proper factors.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion are also found in the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Osen-ton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138 (reproduced by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*, at pp. 76-77):

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified. [Emphasis added.]

In light of this jurisprudence, I conclude that it is well within the powers of a court of appeal, and consequently within the powers of this Court, to interfere with a trial judge's wrongful exercise of discretion. The case law clearly indicates that awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis

de première instance. Le juge La Forest a, au nom de la Cour à la majorité, exprimé l'avis qu'une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance lorsqu'il «refus[e] de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce» (à la p. 77, citant les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 588). Le juge La Forest a donc conclu que la Cour d'appel fédérale n'avait pas commis d'erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, puisque ce dernier n'avait pas soupesé adéquatement les facteurs pertinents.

Les principes qui régissent le contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure sont également exposés dans l'énoncé suivant du lord chancelier le vicomte Simon, dans *Charles Osen-ton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138 (reproduit par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, aux pp. 76 et 77):

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance. [Je souligne.]

Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus qu'il est tout à fait conforme aux pouvoirs d'une cour d'appel et, par conséquent, à ceux de notre Cour d'intervenir dans l'exercice erroné du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. La jurisprudence indique clairement que, même si elle relève du pouvoir discrétionnaire

that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. See also: 539618 *Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), at p. 380 (*per* Osborne J.A.); *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (Alta. Q.B.), at pp. 265-66 (*per* Matheson J.); *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), at p. 374 (*per* Macdonald J.A.); *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (Ont. H.C.), at p. 674 (*per* Parker J.); *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (Ont. C.A.), at p. 259 (*per* Houlden J.A.); *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (Ont. C.A.), at p. 32 (*per* Gale C.J.O.); and *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

153 Moreover, as to costs, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Supreme Court of Canada a wide discretion with respect to lower courts' costs orders:

47. The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed.

154 In my opinion, the above disposes of the question of whether or not this Court has jurisdiction to review a costs order made by a lower court. It clearly does have such jurisdiction. The question which remains, however, is whether or not, on the facts of this case, the costs order in question, which has already been upheld on an earlier cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, should be reversed by this Court.

IV — The Costs

155 The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. A successful litigant has a reasonable expectation that his or her costs will be paid by the unsuccessful party. The

judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. Voir également: 539618 *Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), à la p. 380 (le juge Osborne), *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (B.R. Alb.), aux pp. 265 et 266 (le juge Matheson), *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), à la p. 374 (le juge Macdonald), *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (H.C. Ont.), à la p. 674 (le juge Parker), *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (C.A. Ont.), à la p. 259 (le juge Houlden), *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (C.A. Ont.), à la p. 32 (le juge en chef Gale), et *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

Par ailleurs, en ce qui concerne les dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à la Cour suprême du Canada un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance:

47. La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.

À mon avis, cette disposition résout la question de savoir si notre Cour a compétence pour contrôler les ordonnances en matière de dépens rendues par un tribunal d'instance. Elle a nettement compétence pour le faire. La question qui demeure, toutefois, est de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, notre Cour devrait annuler l'ordonnance rendue en l'espèce sur les dépens, que la Cour d'appel de l'Ontario a déjà maintenue à la suite d'un appel incident antérieur.

IV — Les dépens

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette même partie s'attend donc raisonnablement à

rationale for this rule is based on the fact that, had the unsuccessful party initially agreed to the position of the successful one, no costs would have been incurred by the successful party. Accordingly, it is only logical that the party who has been found to be wrong must be ready to support the costs of a litigation that could have been avoided.

Mark M. Orkin states the general rule as follows in his book *The Law of Costs* (2nd ed. 1993), at pp. 2-17 and 2-18, para. 205.2:

Prior to the enactment of [Ontario Rule 57.01] ... the law had been well settled that where a plaintiff is wholly successful in an action and there is no misconduct on his or her part, the plaintiff is entitled to costs on the ground that there is no material on which a court can exercise a discretion to deprive him or her of costs. The rule has also been applied where a plaintiff succeeded as to a substantial part of his claim. Similarly, a successful defendant is entitled to his or her costs on the same ground, namely, that *prima facie* the unsuccessful party is to be charged with the costs of the suit. Where it is impossible to say whether either party was successful, no order should be made as to costs.

This long-standing rule is supported by the case law. See, *inter alia*: *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), at p. 89 (*per* Blake V.C.); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), at p. 197 (*per* Armour C.J.); *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (Sask. K.B.), at p. 174 (*per* MacDonald J.); *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (Sask. K.B.), at p. 271 (*per* MacDonald J.). For example, in *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (Sask. C.A.), at p. 925, Martin J.A. stated:

Where a plaintiff comes to enforce a legal right and completely succeeds, and has been guilty of no misconduct, there is no material upon which a Court can exercise a discretion, and the plaintiff is entitled to his costs. *Edmanson v. Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper v. Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc. v. Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, para. 324. As the plaintiffs in the present case have succeeded in obtaining the relief for which

ce que ses dépens soient payés par la partie perdante. Cette règle repose sur le raisonnement selon lequel, si la partie perdante avait, au départ, accepté la position de la partie gagnante, celle-ci n'aurait engagé aucuns frais. Il n'est donc que logique que la partie qui a été jugée en tort soit prête à assumer les coûts d'un litige qui aurait pu être évité.

Mark M. Orkin formule ainsi la règle générale dans son ouvrage intitulé *The Law of Costs* (2^e éd. 1993), aux pp. 2-17 et 2-18, par. 205.2:

[TRADUCTION] Avant l'adoption de [la règle 57.01 de l'Ontario] [...] il était bien établi que le demandeur qui avait entièrement gain de cause dans une action et qui n'était coupable d'aucune inconduite avait droit aux dépens, car il n'y avait aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de l'en priver. La règle a également été appliquée lorsque la demande du demandeur était en grande partie accueillie. De même, un défendeur qui l'emporte a droit à ses dépens pour le même motif, c'est-à-dire qu'à première vue la partie perdante doit assumer les coûts de l'action. Lorsqu'il est impossible de dire si l'une ou l'autre partie a obtenu gain de cause, il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens.

Cette règle de longue date est étayée par la jurisprudence. Voir, notamment, *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), à la p. 89 (le vice-chancelier Blake); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), à la p. 197 (le juge en chef Armour); *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (B.R. Sask.), à la p. 174 (le juge MacDonald); *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (B.R. Sask.), à la p. 271 (le juge MacDonald). Par exemple, dans l'arrêt *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (C.A. Sask.), à la p. 925, le juge Martin affirme:

[TRADUCTION] Si le demandeur qui vient faire valoir un droit a entièrement gain de cause et n'est coupable d'aucune inconduite, il n'y a aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire, et le demandeur a droit à ses dépens. *Edmanson c. Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper c. Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc. c. Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, par. 324. Comme les demandeurs, en l'espèce, ont réussi à obtenir la réparation

they ask [action for a declaration as to the invalidity of an award and an assessment based thereon], and as they have not been guilty of any misconduct connected with the questions involved in the proceedings, they are entitled to costs. [Emphasis added.]

157 This rule, however, is not absolute. Orkin, for example, notes (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-20, para. 205.2(2)):

The principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons.¹⁶⁴ [Emphasis added.]

164. *Macfie v. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (Ont. S.C.), *aff'd* 64 D.L.R. 511 (App. Div.).

Furthermore, in Ontario, s. 141(1) of the *Courts of Justice Act* (now s. 131), and Rules 57.01(1) and (2) of the *Rules*, clearly make the award of costs a matter for the courts' discretion and articulate guidelines for the exercise of this discretion:

141. — (1) [Costs] Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

57.01 (1) [Factors in Discretion] In exercising its discretion under section 141 [now s. 131] of the *Courts of Justice Act*, 1984 to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle made in writing,

- (a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding;
- (b) the apportionment of liability;
- (c) the complexity of the proceeding;
- (d) the importance of the issues;
- (e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
- (f) whether any step in the proceeding was,
 - (i) improper, vexatious or unnecessary, or
 - (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;

demandée [action en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides une sentence et une évaluation fondée sur celle-ci], et puisqu'ils n'ont été coupables d'aucune inconduite liée aux questions soulevées dans les procédures, ils ont droit aux dépens. [Je souligne.]

Cette règle n'est toutefois pas absolue. Orkin, par exemple, souligne ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-20, par. 205.2(2)):

[TRADUCTION] Le principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens vaut depuis longtemps et ne devrait être écarté que pour de très bonnes raisons.¹⁶⁴ [Je souligne.]

164. *Macfie c. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (C.S. Ont.), *conf.* par 64 D.L.R. 511 (Div. d'appel).

De plus, en Ontario, le par. 141(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (maintenant l'art. 131) et les règles 57.01(1) et (2) des *Règles*, font nettement relever la question de l'attribution de dépens du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et énoncent des directives régissant l'exercice de ce pouvoir:

[TRADUCTION] **141.** — (1) [Dépens] Sous réserve des dispositions d'une loi ou des règles de pratique, les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessoires à l'instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

57.01 (1) [Pouvoir discrétionnaire du tribunal] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens que lui confère l'article 141 [maintenant l'art. 131] de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l'instance et l'offre de transaction présentée par écrit:

- a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu;
- b) le partage de la responsabilité;
- c) le degré de complexité de l'instance;
- d) l'importance des questions en litige;
- e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abréger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- f) une mesure prise dans l'instance qui:
 - (i) était irrégulière, vexatoire ou inutile,
 - (ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive;

(g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted;

(h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party,

(i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or

(ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and

(i) any other matter relevant to the question of costs.

(2) [Costs Against Successful Party] The fact that a party is successful in a proceeding or a step in a proceeding does not prevent the court from awarding costs against the party in a proper case. [Emphasis added.]

Rule 57.01(2) provides that costs may be awarded against a successful party "in a proper case". Therefore, the question in this cross-appeal turns on whether or not this case was "a proper case", within the meaning of Rule 57.01(2), for an award of costs against a successful party, in this case the respondent Attorney General for Ontario. Whealy Dist. Ct. J.'s reasons for awarding costs against the respondent Attorney General for Ontario (then an intervenor) are succinctly put in the following extract from his decision:

As well, it was argued that there was no bad conduct justifying a punitive award of costs as against the successful party. With that particular argument, I entirely agree.

The appellants argued that an important factor was that the Court of Appeal, by a majority, had held that the issue argued on the appeal was of province-wide importance and that the manner of hearing the appeal was almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks, having the effect of almost making the appellate court a trial court. It was pointed out as well that the litigation was originally triggered by an act of the state in the guise of the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

g) la dénégation, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait;

h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie:

(i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance,

(ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct;

i) les autres facteurs pertinents à la question des dépens.

(2) [Condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause] Le fait qu'une partie obtienne gain de cause dans une instance ou dans une étape d'une instance n'empêche pas le tribunal de la condamner aux dépens, le cas échéant. [Je souligne.]

La règle 57.01(2) prévoit qu'une partie obtenant gain de cause peut se voir condamnée aux dépens, «le cas échéant». Par conséquent, la question dans le présent pourvoi incident est de savoir si, en l'espèce, il convient, en vertu de la règle 57.01(2), de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence l'intimé, le procureur général de l'Ontario. Les motifs du juge Whealy de condamner ce dernier (alors un intervenant) aux dépens sont exposés succinctement dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] De même, on a fait valoir qu'il n'y avait aucune inconduite justifiant de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens punitifs. Je suis entièrement d'accord avec cet argument.

Les appelants soutiennent qu'il importe de souligner que la Cour d'appel à la majorité a conclu que la question débattue en appel était d'importance pour toute la province et que le mode d'audition de l'appel était quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines, ce qui a presque eu pour effet de transformer la cour d'appel en un tribunal de première instance. On a souligné également que le litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de la société d'aide à l'enfance.

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone to this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

159

The appellants agreed with these reasons and advanced the following arguments before us in support of the District Court's order as to costs:

1. The interests of the parties were properly balanced in accordance with the discretion conferred by Rule 57.01, even in the absence of serious misconduct;
2. The importance of the question and the unusual background of the case were proper factors to be considered under Rule 57.01;
3. The Attorney General for Ontario "fully participated" as a party in the District Court hearing;
4. The court's discretion over costs is a powerful check to discourage non-meritorious applications. Furthermore, the granting in this case of an order for costs against the Attorney General for Ontario will not open the floodgates for other such orders against the Attorney General;
5. The proceedings and the number of witnesses called by the respondent were exceptional, amounting to unusual factors;
6. The constitutional challenge served a vital public interest; and
7. The appellants had no choice but to turn to the courts in order to remedy a vital public-law issue involving the interests of children and families throughout Ontario. It was the appellants' only alternative because they were "turned away by the legislature" which did not address their submissions on the *Child and Family Services Act, 1984*, presented to the Ontario Legislature in February, 1984.

L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Les appelants adhèrent à ces motifs et avancent devant nous les arguments suivants à l'appui de l'ordonnance de la Cour de district sur les dépens:

1. Les intérêts des parties ont été bien soupesés conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01, même en l'absence d'une inconduite grave;
2. L'importance de la question en litige et le contexte inhabituel de l'affaire étaient des facteurs à considérer en vertu de la règle 57.01;
3. Le procureur général de l'Ontario «a participé pleinement» à titre de partie à l'audience devant la Cour de district;
4. Le pouvoir discrétionnaire de la cour en matière de dépens contribue fortement à décourager les demandes sans fondement. En outre, le fait de condamner ici aux dépens le procureur général de l'Ontario ne déclenchera pas une avalanche d'autres ordonnances de cette nature contre le Procureur général;
5. Les procédures et le nombre de témoins appelés par l'intimé étaient exceptionnels, ce qui en fait des facteurs inhabituels;
6. La contestation constitutionnelle servait un intérêt public vital; et
7. Les appelants n'avaient d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux pour faire trancher une question de droit public vitale qui mettait en cause les intérêts des enfants et des familles partout en Ontario. Les appelants n'avaient d'autre solution puisqu'ils ont été «écartés par le législateur» qui a fait la sourde oreille aux prétentions sur la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'elles ont soumises à la législature de l'Ontario en février 1984.

The respondent's arguments against the District Court's order as to costs, on the other hand, can be summarized as follows:

1. Serious misconduct is the only ground to award costs against a successful party;
2. The relative resources of the parties is not a relevant factor. No evidence was adduced regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. Treating the Crown as an unlimited source of funds is contrary to public policy and will result in the encouragement of marginal applications for constitutional challenges;
3. The fact that the litigation may have been originally triggered by the CAS, a state actor, is not a sufficient basis to award costs against the Attorney General for Ontario, since the CAS acted without misconduct to protect the life of an infant under a constitutionally valid statute;
4. The issue here was not one of special importance as provided for in Rule 57.01(1). If it were, every constitutional challenge or other litigation involving a public law issue would warrant costs being awarded against the state, even where the state is successful in the litigation. Given the number of Notices of Constitutional Questions received each year, such a ruling could expose government to enormous financial liability and is, therefore, a "dangerous precedent";
5. The fact that the *Child Welfare Act* was being constitutionally challenged as violating the appellants' freedom of religion is also not a sufficient basis for awarding costs against a successful party;

En revanche, les arguments de l'intimé contre l'ordonnance rendue par la Cour de district, quant aux dépens, peuvent être résumés ainsi:

1. Seule l'inconduite grave peut justifier la condamnation aux dépens de la partie obtenant gain de cause;
2. Les ressources relatives des parties ne sont pas un facteur pertinent. Aucune preuve n'a été présentée concernant les ressources des appelants, et aucune preuve n'a donné à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable est contraire à l'ordre public et aura pour effet d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles;
3. Le fait que le litige puisse avoir été déclenché initialement par la CAS, un acteur de l'État, n'est pas une raison suffisante pour condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario puisque la CAS a agi correctement pour protéger la vie d'un enfant en bas âge en vertu d'une mesure législative constitutionnelle;
4. La question en l'espèce ne revêtait aucune importance particulière au sens de la règle 57.01(1). Le cas échéant, toute contestation constitutionnelle ou autre litige soulevant une question de droit public justifierait que l'État soit condamné aux dépens, même lorsque ce dernier obtient gain de cause. Étant donné le nombre d'avis de questions constitutionnelles reçus chaque année, une telle décision risquerait d'imposer au gouvernement une lourde responsabilité financière, et elle constitue donc un «dangereux précédent»;
5. Le fait que la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ait été contestée pour le motif que cette loi violait la liberté de religion des appelants n'est pas non plus un motif suffisant pour condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause;

6. There was nothing "unusual" about this case for the purpose of awarding costs; and
7. This case is not a "proper case" for awarding costs against a successful party under Rule 57.01(2).

6. Il n'y avait rien d'«inhabituel» dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens; et
7. Il ne convient pas en l'espèce, de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en application de la règle 57.01(2).

161 Before dealing specifically with the parties' respective submissions, I will briefly discuss one factor which Whealy Dist. Ct. J. specifically considered, that is the relative resources of the litigants as a factor in the awarding of costs. Whealy Dist. Ct. J. indicated, rightly in my view, that this was not one of the factors he relied upon in reaching his decision. In this respect, I note that Ontario Rule 57.01 does not include the resources available to the parties as one of the factors to be considered by courts when exercising their discretion on costs under s. 141 of the Act. Orkin, discussing the appropriateness of relying on this factor, commented (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)):

The fact that the imposition of costs would cause financial hardship is not sufficient to displace the ordinary rule that costs should follow the event.

(See also: *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (Ont. H.C.).) In addition, as the respondent points out, in the case at hand, there was no evidence regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. In any event, as I already noted, the resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. This is particularly true with respect to the supposed "unlimited resources" of the Attorney General for Ontario. In this respect, the comments of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada*, *supra* (at p. 242), are apposite in the present appeal:

The legislation herein questioned obviously represents an attempt to balance various interests and although its legislative history makes it apparent that a challenge

Avant de me pencher plus spécifiquement sur les arguments respectifs des parties, je discuterai brièvement d'un facteur que le juge Whealy de la Cour de district a expressément considéré comme pouvant affecter l'attribution de dépens, celui des ressources relatives des parties. Le juge Whealy a indiqué, à juste titre selon moi, que ce n'était pas là un des facteurs dont il avait tenu compte en rendant sa décision. À cet égard, je remarque que la règle 57.01 de l'Ontario n'inclut pas les ressources dont disposent les parties parmi les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en exerçant le pouvoir discrétionnaire en matière de dépens que leur confère l'art. 141 de la Loi. Orkin, discutant de l'opportunité de se fonder sur ce facteur, fait observer ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)):

[TRADUCTION] Le fait que la condamnation aux dépens causerait un préjudice financier n'est pas suffisant pour écarter la règle normale voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

(Voir aussi: *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (H.C. Ont.).) De plus, comme le souligne l'intimé, en l'espèce, il n'y avait aucune preuve relative aux ressources des appelants, ni aucune preuve donnant à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Quoi qu'il en soit, je le répète, les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Cela est particulièrement vrai à l'égard des prétendues «ressources illimitées» du procureur général de l'Ontario. À cet égard, les commentaires du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada*, précité (à la p. 242), sont à propos dans le présent pourvoi:

[TRADUCTION] La loi mise en cause en l'espèce constitue de toute évidence une tentative de pondérer divers intérêts et, bien que son historique législatif fasse ressortir

was expected, there is nothing in the legislation or in the actions of Parliament or of the Government of Canada to invite such an award [costs on a solicitor-and-client basis, or at least party-and-party basis]. While it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden, it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged. [Emphasis added.]

It is, in my view, contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and result in encouraging marginal applications for constitutional challenges. The policy considerations against relying on the supposed unlimited resources of the Attorney General for Ontario as a reason for awarding costs against such a government actor are even stronger in light of the fact that, as the respondent indicates, the Attorney General for Ontario is served with a growing number of Notices of Constitutional Questions every year (over 400 in 1991). The same reasoning applies, of course, with respect to the Attorney General of Canada.

In saying the above, however, I should not be understood as setting out an absolute rule. There are cases where the government will be required to bear the costs of a particular litigation. Such a result will occur where it is in the government's interest or that of the public to have a matter decided by the courts, such as the interpretation of legislation, constitutional rulings of particular importance, etc. However, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Such was the case in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, where the issues to be decided were (1) whether the Quebec Provincial Court or an arbitrator under the collective agreement had jurisdiction to render judgment on a \$168 claim by a casual employee of the Quebec government; and (2) what was the nature of the contractual relationship between the casual

qu'une contestation était prévue, rien dans la loi ou dans les actions du Parlement ou du gouvernement du Canada n'appelle une telle attribution [de dépens sur la base avocat-client, ou à tout le moins comme entre parties]. Bien qu'il soit souhaitable qu'une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par la nécessité pour le requérant d'assumer tout le fardeau, il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales. [Je souligne.]

Il est, à mon avis, contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le Procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Les considérations de principe qui militent contre les prétendues ressources illimitées du procureur général de l'Ontario comme motif de condamner aux dépens ce représentant du gouvernement sont d'autant plus solides que, comme l'intimé l'indique, le procureur général de l'Ontario reçoit, chaque année, un nombre croissant d'avis de questions constitutionnelles (plus de 400 en 1991). Le même raisonnement vaut, bien sûr, à l'égard du procureur général du Canada.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on voie, dans ces propos, l'énonciation d'une règle absolue. Dans certains cas, le gouvernement sera contraint d'assumer les frais d'un litige particulier. Il en sera ainsi lorsqu'il est dans l'intérêt du gouvernement ou du public de voir une question tranchée par les tribunaux, notamment en ce qui concerne l'interprétation d'une loi, les décisions constitutionnelles d'importance particulière, etc. Toutefois, en général, dans ces cas, il est convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où il s'agissait de déterminer (1) si la Cour provinciale du Québec ou un arbitre désigné en vertu de la convention collective étaient compétents pour rendre jugement sur une réclamation de 168 \$ par un employé occasionnel du gouvernement du Québec, et (2) quelle

employee and the government. The appellant, the Attorney General of Quebec, had accepted to bear the costs, whether or not he was successful (see p. 1086, *per* Beetz J.).

était la nature de la relation contractuelle entre l'employé occasionnel et le gouvernement. L'appelant, le procureur général du Québec, avait accepté d'assumer les dépens, qu'il obtienne ou non gain de cause (voir p. 1086, le juge Beetz).

164 In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, leave to appeal was granted by this Court on the basis that the appellant government would pay the respondent's costs in any event, since the validity of s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, was no longer an issue in the appeal ([1990] 2 S.C.R. x, and *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, November 16, 1990, at p. 2400 (Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.)). See also: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598 (*per* Martland J.); and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 384-85 (*per* Estey J.).

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi en tenant pour acquis que le gouvernement appellant paierait les dépens de l'intimé en tout état de cause, puisque la validité de l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5, n'était plus en cause dans le pourvoi ([1990] 2 R.C.S. x, et *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, le 16 novembre 1990, à la p. 2400 (les juges Wilson, Sopinka et McLachlin)). Voir également: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la p. 598 (le juge Martland), et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 384 et 385 (le juge Estey).

165 In addition, where the litigation might have been discontinued had it not been for the public interest to decide the issue, costs may be allocated even against a successful party, whatever its status or its resources. This is also the case where public interest requires that, regardless of the limited interests of the parties or even of the lack of resources of the parties, the court should decide the case. On that issue, see: *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622, at pp. 646-48 (*per* Cory J.); and *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 444-48 (*per* L'Heureux-Dubé J.).

En outre, lorsque le litige aurait pu être abandonné n'eût été l'intérêt du public à ce que la question soit tranchée, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, peu importe son statut et ses ressources. C'est également le cas lorsque l'intérêt public requiert que la cour tranche l'affaire malgré les intérêts limités des parties ou même l'insuffisance de leurs ressources. Voir, à ce propos: *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622, aux pp. 646 à 648 (le juge Cory), et *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 444 à 448 (le juge L'Heureux-Dubé).

166 Thus, there are clearly cases where the government is required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome. However, these cases remain very limited exceptions, usually dealt with at the time leave is granted, and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts, independently of the result.

Ainsi, il y a manifestement des cas où le gouvernement est tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci. Toutefois, ces cas, qui demeurent des exceptions très limitées, sont en général décidés au moment où l'autorisation est accordée et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux, indépendamment du résultat du litige.

In light of the above, Whealy Dist. Ct. J. was correct, on the facts of this case, in not basing his order for costs on the relative resources of the parties. I also support his finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General for Ontario.

Based on this second finding, the Attorney General for Ontario submits that Whealy Dist. Ct. J.'s costs order was inappropriate on the grounds that misconduct is the only factor which justifies the allocation of costs against a successful party. The Attorney General for Ontario relies for this proposition on several cases, including *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). In that case, Lerner J. held (at p. 621) that there must be misconduct on the part of a successful party in order for costs to be awarded against it. This decision, however, predates the inclusion of Rule 57.01(2) in the Ontario Rules. *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), at p. 34 (*per* Hughes J.), also suggests that misconduct on the part of the successful party is one reason for awarding costs against it, but it does not go so far as to say that misconduct is the only reason to award costs against a successful party. The cases of *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437 (Que. C.A.), at pp. 449-50 (*per* L'Heureux-Dubé J.A. (as I then was)) and *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (Ont. C.A.), at p. 237 (*per* Galligan J.A.) dealt with the inherent jurisdiction of superior courts to award costs against the Crown in criminal cases. However, in these cases, unlike the present appeal which is governed by Ontario Rule 57.01(2), there was no applicable statute which gave the courts discretion to order costs against a successful party.

In light of the above, while these cases may be informative as to the normal course of affairs in matters of costs, they are of a very little assistance where a statutory scheme specifies the criteria for

Vu ce qui précède et compte tenu des faits de la présente affaire, le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties. J'adhère également à sa conclusion qu'il n'y a pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario.

Le procureur général de l'Ontario se fonde sur cette seconde conclusion pour soutenir que l'ordonnance du juge Whealy, quant aux dépens, était inappropriée pour le motif que seule l'inconduite justifie la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. Le procureur général de l'Ontario invoque, à l'appui de cette proposition, plusieurs décisions, dont l'arrêt *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). Dans cette affaire, le juge Lerner a conclu (à la p. 621) que, pour que la partie qui obtient gain de cause soit condamnée aux dépens, elle doit s'être mal conduite. Cette décision est toutefois antérieure à l'adoption de la règle 57.01(2) des Règles de l'Ontario. Dans la décision *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), à la p. 34 (le juge Hughes), on donne également à entendre que l'inconduite de la partie qui obtient gain de cause justifie sa condamnation aux dépens, mais on ne va pas jusqu'à dire que l'inconduite est la seule raison de cette condamnation. Les arrêts *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A. Qué.), aux pp. 111 et 112 (le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), et *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (C.A. Ont.), à la p. 237 (le juge Galligan), portaient sur la compétence inhérente des cours supérieures pour condamner le ministère public aux dépens dans des affaires criminelles. Toutefois, dans ces cas, contrairement au présent pourvoi qui est régi par la règle 57.01(2) de l'Ontario, il n'existait aucune loi applicable conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens.

Compte tenu de ce qui précède et bien que ces affaires puissent nous instruire quant à la procédure normale en matière de dépens, elles ne sont guère utiles lorsqu'un régime législatif précise les

the exercise of a court's discretion, even in the absence of misconduct. *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., September 13, 1988 (unreported), at p. 2, appears to be the only case based on Rule 57.01(2) which specifically affirms that no order as to costs should be made against a successful party unless there was misconduct on the part of that party. However, in *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164 (Esson J.A. (Carrothers J.A. and McLachlin J.A. (as she then was) concurring)), the British Columbia Court of Appeal concluded, pursuant to Rule 57 of the *British Columbia Supreme Court Rules*, which is similar to the Ontario Rule 57.01(2), that costs could be awarded against a successful party regardless of whether or not there was misconduct on the part of that party, especially where success is divided.

critères qui régissent l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire, même en l'absence d'inconduite. La décision *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., 13 septembre 1988 (inédit), à la p. 2, paraît être la seule fondée sur la règle 57.01(2), qui précise que la partie qui obtient gain de cause ne doit être condamnée aux dépens que si elle s'est mal conduite. Toutefois, dans l'arrêt *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164 (le juge Esson, à l'opinion duquel souscrivent les juges Carrothers et McLachlin (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, conformément à la règle 57 des *British Columbia Supreme Court Rules*, qui est semblable à la règle 57.01(2) de l'Ontario, que la partie obtenant gain de cause pouvait être condamnée aux dépens, peu importe qu'il y ait eu ou non inconduite de sa part, en particulier lorsque la victoire est partagée.

170

Thus, the weight of the jurisprudence is to the effect that misconduct is one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Such a conclusion is buttressed by Rule 57.01(1) which expressly states that "conduct" is only one of the factors, among others, to be considered in making an order as to costs (see para. (e) in particular, as well as paras. (f), (g) and (h)). Consequently, even absent misconduct, a court still retains discretion to award costs against a successful party in a "proper case", and the respondent's arguments to the contrary must fail.

Ainsi, suivant la jurisprudence, l'inconduite est un critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. Cette conclusion est étayée par la règle 57.01(1), qui énonce expressément que la «conduite» n'est que l'un des facteurs dont il faut tenir compte pour rendre une ordonnance sur les dépens (voir l'al. e) en particulier, de même que les al. f), g) et h)). En conséquence, même en l'absence d'inconduite, un tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, «le cas échéant», et les arguments contraires de l'intimé ne sauraient être retenus.

171

That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons. The question here is whether Whealy Dist. Ct. J. was right to consider as relevant such factors as "the litigation was originally triggered by an act of the state", the case was of "province-wide importance" and "almost unique", as well as that it "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner" and, if so, whether the facts of the case can support his findings. Furthermore, as far as the

Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir judiciaire discrétionnaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres. La question en l'espèce est de savoir si le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de considérer comme pertinents des facteurs tels que le fait que le «litige a[.] . .] été déclenché initialement par l'action de l'État», qu'il était «d'importance pour toute la province» et «quasi unique», de même que le fait que l'affaire «s'est déroulée de la

Ontario Court of Appeal's reasons are concerned, did the "fundamental" nature of the constitutional freedom raised by the appellants in this case warrant the award of costs against the successful Attorney General for Ontario? I will discuss, in turn, each of the above factors considered by the lower courts in arriving at the impugned costs order, in order to determine whether they were present in this case and whether their presence was sufficient to qualify this as a "proper case" in which to order costs against the Attorney General for Ontario.

An "Act of the State"

According to the appellants, because the litigation was originally triggered by an "act of the state" through the CAS, the Attorney General for Ontario was not acting solely as an intervener but took over carriage of the case from the respondents the CAS and the Official Guardian. This, in their view, was, in and of itself, sufficient to uphold Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs. I disagree.

While the fact that state action is the trigger for a particular litigation may warrant some consideration in determining how costs should be allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. First, Rule 57.01 does not so mandate. Second, to hold otherwise would unfairly penalize the state, particularly where, as here, it is under a specific duty to act. In this case, state action was triggered by the fact that the appellants refused a blood transfusion for their daughter, in circumstances where, as was found by Whealy Dist. Ct. J., medical opinion was to the effect that such a transfusion was necessary. The CAS had, under the *Child Welfare Act*, the statutory obligation to proceed as it did when Sheena B.'s condition, in the doctors' view, required a blood transfusion. It is therefore the act of the appellant parents which originally triggered the litigation undertaken by the CAS. The CAS acted to protect the life and health of an infant as required

façon la plus inhabituelle et ardue», et dans l'affirmative, si les faits de l'affaire peuvent justifier ses conclusions. En outre, en ce qui concerne les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, la nature «fondamentale» de la liberté constitutionnelle soulevée par les appelants en l'espèce justifiait-elle que le procureur général de l'Ontario, qui avait obtenu gain de cause, soit condamné aux dépens? J'analyserai, à tour de rôle, chacun des facteurs susmentionnés, dont les tribunaux d'instance ont tenu compte pour rendre l'ordonnance sur les dépens présentement contestée, dans le but de déterminer s'ils étaient ici présents et si leur présence était suffisante pour conclure qu'il convenait de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Une «action de l'État»

Selon les appelants, parce que le litige a été déclenché initialement par une «action de l'État», accomplie par l'intermédiaire de la CAS, le procureur général de l'Ontario n'agissait pas uniquement à titre d'intervenant, mais avait pris la relève de la CAS et du tuteur public intimés. Cela, à leur avis, était suffisant en soi pour maintenir l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens. Je ne suis pas d'accord.

Bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. Premièrement, la règle 57.01 ne l'exige pas. Deuxièmement, conclure autrement pénaliserait injustement l'État, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, il est expressément tenu d'agir. Dans la présente affaire, l'action de l'État a été déclenchée par le refus des appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine dans des circonstances où, comme l'a conclu le juge Whealy, les médecins estimaient qu'une telle transfusion était nécessaire. La CAS avait, en vertu de la *Child Welfare Act*, l'obligation d'agir comme elle l'a fait lorsque l'état de Sheena B. a, de l'avis des médecins, nécessité une transfusion sanguine. C'est donc l'acte des parents appelants qui a initialement forcé la CAS à introduire l'instance. La CAS a agi pour protéger la vie et la

by the *Child Welfare Act*. The fact that the parents then challenged the constitutionality of this Act provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario whose intervention was required to defend the constitutionality of that statute. This reasoning would apply even if the state had intervened of its own initiative to defend the constitutionality of its statute.

santé d'un enfant en bas âge, comme l'exigeait la *Child Welfare Act*. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de cette loi ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario, qui était contraint d'intervenir pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Ce raisonnement s'appliquerait même si l'État était intervenu de sa propre initiative pour défendre la constitutionnalité de sa loi.

174 The appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*. Section 122 of the *Courts of Justice Act, 1984* required notice to be served on the Attorney General for Ontario. Section 122(4) of the Act entitled the Attorney General for Ontario to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional challenge. Section 122(4) reads:

122. ...

(4) [Right of Attorneys General to be heard] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General of Ontario is entitled to notice under this section, he or she is entitled to adduce evidence and make submissions to the court in respect of the constitutional question.

Les appelants ont contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Aux termes de l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, un avis devait être signifié au procureur général de l'Ontario. Le paragraphe 122(4) de la Loi autorisait le procureur général de l'Ontario à présenter une preuve et des observations à l'égard de la contestation constitutionnelle. Le paragraphe 122(4) se lit ainsi:

[TRADUCTION] 122. ...

(4) [Droit des procureurs généraux d'être entendus] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario ont droit à un avis en vertu du présent article, ils ont le droit de présenter une preuve et des observations au tribunal à l'égard de la question constitutionnelle.

175 The appellants submit that s. 122(5) of the Act supports the proposition that, since the Attorney General for Ontario is deemed to be a party to the proceeding, it should pay the costs. Section 122(5) reads:

122. ...

(5) [Right of Attorneys General to appeal] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General for Ontario makes submissions under subsection (4), he or she shall be deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question. [Emphasis added.]

There is nothing, in my view, in the clear wording of s. 122 which supports the argument of the appellants. Although the Attorney General of

Les appelants soutiennent que le par. 122(5) de la Loi permet de conclure que, puisque le procureur général de l'Ontario est réputé partie à l'instance, il devrait payer les dépens. Le paragraphe 122(5) porte que:

[TRADUCTION] 122. ...

(5) [Droit d'appel] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario présentent des observations aux termes du paragraphe (4), ils sont réputés partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. [Je souligne.]

À mon avis, rien dans le texte clair de l'art. 122 n'étaye l'argument des appelants. Bien que le procureur général du Canada et le procureur général

Canada and the Attorney General for Ontario can adduce evidence and make submissions, they are not actually parties to the litigation. They are merely deemed to be parties for the sole purpose of any appeal in respect of the constitutional question. Indeed, s. 122(5) allowed the Attorney General for Ontario to cross-appeal Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs to the Court of Appeal. Consequently, s. 122 provides the Attorney General for Ontario with a statutory right to participate fully on the constitutional issue, without necessarily becoming a party in the usual sense of the term. Besides, even if the Attorney General for Ontario was a full party to the proceedings in the usual sense of the term, this would not automatically carry with it the obligation to pay costs. There is nothing in the Act or in the *Rules* that would mandate or even imply such a result.

In addition, s. 122 does not affect the rule that a party granted intervenor status in the public interest is, generally, neither entitled to nor liable for the costs in the matter: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (Q.B.), at p. 61 (*per* Ferg J.). The basis for this general rule is that a public intervenor who assisted the court, as intended, should not have to bear the costs of the proceedings. As Davison J. said in *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (N.S.S.C.T.D.), at p. 169:

Undoubtedly, there are situations where a party is added as *amicus curiae* where the awarding of costs both for or against the intervenor would be inappropriate. Undoubtedly there are some situations where the intervenor is added as a party where costs should not be awarded. These will depend upon the discretion of the court which will consider all of the circumstances including whether the interest of the intervenor is public or private.

Where a party intervenes in the public interest but is seriously affected by the result, costs may be awarded to that party, if successful. Such was the case for the interveners the Canadian Labour Congress, the Ontario Federation of Labour and the

de l'Ontario puissent présenter une preuve et des observations, ils ne sont pas vraiment parties au litige. Ils sont uniquement réputés parties aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. En fait, le par. 122(5) autorisait le procureur général de l'Ontario à interjeter un appel incident devant la Cour d'appel contre l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens. En conséquence, l'art. 122 accorde au procureur général de l'Ontario le droit de participer pleinement en ce qui concerne la question constitutionnelle, sans nécessairement devenir une partie au sens usuel du terme. En outre, même si le procureur général de l'Ontario était partie à part entière à l'instance au sens usuel du terme, il ne serait pas automatiquement contraint de payer des dépens. Rien dans la Loi ou dans les *Règles* ne prescrit ni même n'implique un tel résultat.

Par ailleurs, l'art. 122 ne modifie pas la règle voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait généralement pas droit aux dépens, ni ne les assume: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (B.R.), à la p. 61 (le juge Ferg). Cette règle générale est justifiée par le fait qu'un intervenant public qui a assisté le tribunal, tel que prévu, ne devrait pas avoir à assumer les dépens de l'instance. Comme le juge Davidson l'affirme, dans l'arrêt *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (C.S.N.-É., 1^{re} inst.), à la p. 169:

[TRADUCTION] Nul doute qu'il existe des cas où une partie est ajoutée à titre d'*amicus curiae* et où l'attribution de dépens en faveur ou à l'encontre de l'intervenant serait inappropriée. Il n'y a pas de doute qu'il existe des situations où un intervenant est ajouté à titre de partie et où des dépens ne devraient pas être accordés. Cela dépendra du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui prendra en considération toutes les circonstances, dont la question de savoir si l'intérêt de l'intervenant est public ou privé.

Lorsqu'une partie intervient dans l'intérêt public, mais qu'elle est sérieusement touchée par le résultat, des dépens peuvent lui être accordés si elle obtient gain de cause. C'était le cas des intervenants le Congrès du travail du Canada, la Fédéra-

National Union of Provincial Government Employees in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (at pp. 303 (*per* Wilson J.) and 341 (*per* La Forest J.)). Where a party intervenes for the protection of its own interest, or purports to act in the public interest but does not act solely in the public interest, costs may be awarded against that party. Such was the case in *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 36-38 (*per* Steele J.), where costs were awarded against the Canadian Civil Liberties Association.

tion du travail de l'Ontario et le Syndicat national de la fonction publique provinciale, dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (aux pp. 303 (le juge Wilson) et 341 (le juge La Forest)). Si une partie intervient pour protéger ses propres intérêts, ou si elle est censée agir dans l'intérêt public, mais n'agit pas exclusivement dans cet intérêt, elle peut être condamnée aux dépens. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 36 à 38 (le juge Steele), où l'Association canadienne des libertés civiles a été condamnée aux dépens.

177 *Schachter v. Canada*, *supra*, is cited by the appellants as an authority for an award of costs against a successful Attorney General. In fact, however, in *Schachter* costs were actually awarded against the Queen (at p. 726 (*per* Lamer C.J.)). However, what is more significant in distinguishing *Schachter* from the case at hand is that in *Schachter* the Attorney General of Canada was a full party (appellant), not an intervenor. The intervenors in that case were not ordered to bear any costs (Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General for Alberta, Attorney General of Newfoundland and Minority Advocacy Rights Council).

Les appelants invoquent l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, à l'appui de la condamnation aux dépens d'un procureur général qui obtient gain de cause. Or, dans l'arrêt *Schachter*, c'est en fait la Reine qui a été condamnée aux dépens (à la p. 726 (le juge en chef Lamer)). Toutefois, ce qui importe le plus en distinguant l'arrêt *Schachter* de la présente affaire, c'est que, dans cet arrêt, le procureur général du Canada était une partie à part entière (appelant) et non un intervenant. Les intervenants dans cette affaire n'ont pas été tenus d'assumer les dépens (le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et le Conseil de revendication des droits des minorités).

178 In the present case, the Attorney General for Ontario was a purely public interest intervenor. The Attorney General for Ontario intervened to defend the validity of the *Child Welfare Act*. Indeed, without the intervention of Attorneys General, courts may in some or even many cases have little assistance in determining the constitutional validity of a statute. Accordingly, the general rule that costs not be awarded to or against an intervenor in the public interest should apply, unless other relevant factors are present.

En l'espèce, le procureur général de l'Ontario est intervenu exclusivement dans l'intérêt public. Il est intervenu pour défendre la validité de la *Child Welfare Act*. En fait, il se peut que, sans l'intervention des procureurs généraux, les tribunaux n'aient guère, dans certains cas, d'assistance pour déterminer la constitutionnalité d'une loi, voire même dans de nombreux cas. Par conséquent, la règle générale voulant que des dépens ne soient pas accordés en faveur ou à l'encontre de la partie qui intervient dans l'intérêt public devrait s'appliquer, à moins que d'autres facteurs pertinents n'entrent en jeu.

While it is true that the Attorney General for Ontario adduced evidence and made submissions in respect of the constitutionality of the *Child Welfare Act*, this was in accordance with the *Courts of Justice Act*. It is the Court of Appeal itself which dictated that the matter be referred for a trial of a *de novo* type where fresh evidence was properly adduced and Whealy Dist. Ct. J. did not find that this was an improper course of action. In constitutional challenges, such evidence may be crucial to enable the court to arrive at a decision. Furthermore, in cases where the life and death of a child depends on a judge's decision, expert medical evidence is not only relevant but often essential. This was the case here on both counts.

The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervenor or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Besides, Rule 57.01 does not list this factor as one to be taken into consideration. Finally, one can easily appreciate the floodgates that would be opened if state action was a proper factor to consider in apportioning cost. State action is present in most cases, criminal ones and constitutional ones in particular. To make it a consideration in awarding costs would pose an unbearable burden on the state, a burden that would add to the millions of dollars already devoted to legal aid. In addition, it would provide a means to bypass legal aid norms. Consequently, as a matter of policy, it should be discouraged.

Importance of the Case

The appellants submit that the province-wide or national importance of this case was a proper factor to consider in awarding costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Rule 57.01(1)(d) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs (see, for example: *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5

Même s'il est vrai que le procureur général de l'Ontario a présenté une preuve et plaidé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, il l'a fait conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. C'est la Cour d'appel elle-même qui a ordonné que l'affaire soit renvoyée pour un nouveau procès où une nouvelle preuve a été présentée régulièrement, et le juge Whealy n'a pas conclu qu'il s'agissait d'une mauvaise façon de procéder. Dans les contestations constitutionnelles, une telle preuve peut être cruciale pour permettre au tribunal de rendre une décision. En outre, lorsque la vie ou la mort d'un enfant dépend de la décision d'un juge, le témoignage de médecins experts est non seulement pertinent, mais encore souvent essentiel. C'était le cas en l'espèce sur ces deux aspects.

Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, ce facteur n'est pas au nombre de ceux qui doivent être considérés en application de la règle 57.01. Enfin, on imagine facilement l'avalanche qui serait déclenchée si l'action de l'État était un facteur à considérer dans la répartition des dépens. L'action de l'État existe dans la plupart des affaires criminelles et constitutionnelles notamment. En faire un facteur à considérer dans l'attribution de dépens imposerait à l'État un fardeau insupportable qui s'ajouterait aux millions de dollars déjà consacrés à l'aide juridique. De plus, cela créerait un moyen de contourner les normes d'aide juridique. Par conséquent, il y a lieu, en principe, de décourager un tel résultat.

L'importance de l'affaire

Les appellants soutiennent que l'importance pour toute la province ou l'importance nationale de cette affaire était un facteur qu'il convenait de considérer en condamnant aux dépens l'intervenant, le procureur général de l'Ontario.

La règle 57.01(1)d) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens (voir, par exemple, *Janigan c. Harris* (1989), 70

179

1995 CanLII 115 (SCC)

180

181

182

(H.C.), at p. 27 (*per* Bell Oyen J.)). However, as Orkin observes (*The Law of Costs, supra*, at pp. 2-31 and 2-32, para. 205.2(2)), this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party:

(d) *Other cases.* An action or motion may be disposed of without costs when the question involved is a new one, not previously decided by courts on the theory that there is a public benefit in having the court give a decision; or where it involves the interpretation of a new or ambiguous statute; or a new or uncertain or unsettled point of practice; or where there were no previous authoritative rulings by courts; or decided cases on point; or where an application concerned a matter of public interest and both parties acted in complete good faith; or where both sides operated with public funds; or where the practice was altered by a recent English decision; or the case involved difficult and sensitive issues of fact; or on an application by a charitable institution for exemption from a real property assessment; or where the action was a test case; or where it was desirable to resolve a conflict in the case law. [Footnotes omitted; emphasis added.]

183 Furthermore, in my view, this case is not a "test case". Accordingly, the "test case" factor plays no role here and cannot be a factor in justifying the making of an order for costs against the successful Attorney General for Ontario. In any event, the jurisprudence favours the position that no costs should be awarded in a "test case" (see, *inter alia*: *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (Man. C.A.), at p. 325 (*per* Bergman J.A.); and Orkin, *The Law of Costs, supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)).

184 In addition, it is important to note that the Ontario Court of Appeal, while highlighting the importance of this case and the findings made by Whealy Dist. Ct. J. regarding the constitutional issue, still ordered that there should be no costs on the appeal and the cross-appeal. This position, in my view, is somewhat inconsistent with the Onta-

O.R. (2d) 5 (H.C.), à la p. 27 (le juge Bell Oyen)). Toutefois, comme le signale Orkin (*The Law of Costs, op. cit.*, aux pp. 2-31 et 2-32, par. 205.2(2)), ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause:

[TRADUCTION] d) *Autres affaires.* Une action ou une requête peut être tranchée sans dépens dans les cas suivants: la question soulevée est nouvelle et les tribunaux ne l'ont jamais tranchée en supposant qu'il y a un avantage public à ce que le tribunal rende une décision; elle met en cause l'interprétation d'une loi nouvelle ou ambiguë, ou encore un point de pratique nouveau, incertain ou non réglé; aucun précédent n'a été établi par les tribunaux; aucune jurisprudence n'existe sur ce point; la demande concernait une question d'intérêt public et les deux parties ont agi en toute bonne foi; les deux parties ont utilisé les deniers publics; la pratique a été modifiée par une décision anglaise récente; l'affaire soulève des questions de fait difficiles et délicates; il s'agit d'une demande d'exemption d'évaluation foncière présentée par un organisme de bienfaisance; l'action est un cas type; ou il était souhaitable de régler un conflit dans la jurisprudence. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

En outre, j'estime que la présente affaire n'est pas un «cas type». Par conséquent, ce facteur ne joue pas ici et ne saurait justifier la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence privilégie la position suivant laquelle aucuns dépens ne devraient être accordés dans un «cas type» (voir, notamment, *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (C.A. Man.), à la p. 325 (le juge Bergman), et Orkin, *The Law of Costs, op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)).

De plus, il importe de rappeler que, tout en soulignant l'importance de la présente affaire et les conclusions du juge Whealy de la Cour de district concernant la question constitutionnelle, la Cour d'appel de l'Ontario a quand même décidé qu'il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens quant à l'appel et à l'appel incident. Cette position de la Cour d'appel de l'Ontario est, à mon sens, quelque peu incompatible avec son hésitation à intervenir

rio Court of Appeal's reluctance to intervene in Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs.

Besides, it is not apparent to me that this case actually raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervenor. While this case was framed as a *Charter* challenge, the parties themselves had agreed that if the life of the child was threatened and there was an emergency, the CAS was entitled to intervene and the blood transfusions were appropriate. Thus this case was really decided on the basis of expert evidence and on the specific facts of the case. The constitutional challenge was totally without foundation and could not have succeeded unless there was such a factual background.

Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervenor. If this were so, Attorneys General could potentially have to bear the costs in every litigation involving important issues of law, constitutional matters or issues of public interest.

Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance. All cases are important *per se*. They are important for the parties, they are important to the public and to the law. What must be considered is what makes a case sufficiently important to warrant special treatment. According to the ICON Case Management Statistics of the Program Development Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario, the Ontario Court (Provincial Division), from which the present appeal initially originated, heard 808 cases in 1992 involving *Charter*-related challenges, and 836 in 1993. These numbers speak for themselves and support the fact that a *Charter*-related challenge is simply not in and of itself suf-

dans l'attribution de dépens faite par le juge Whealy.

Du reste, il ne m'apparaît pas que la présente affaire soulève vraiment des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. Bien que la présente affaire ait en fait été présentée comme une contestation fondée sur la *Charte*, les parties ont elles-mêmes convenu que la vie de l'enfant était en danger et qu'il y avait urgence, que la CAS avait le droit d'intervenir et que les transfusions sanguines étaient indiquées. Ainsi, la présente affaire a été véritablement tranchée en fonction des témoignages d'experts et de ses faits précis. La contestation constitutionnelle n'avait aucun fondement et n'aurait pu être fructueuse qu'en présence d'un tel contexte factuel.

En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Si c'était le cas, les procureurs généraux risqueraient de devoir assumer les dépens dans tous les litiges soulevant d'importantes questions de droit, des questions constitutionnelles ou des questions d'intérêt public.

Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas. Toutes les affaires sont importantes en soi. Elles sont importantes pour les parties, pour le public et pour le droit. Ce qu'il faut considérer, c'est ce qui rend une affaire suffisamment importante pour justifier un traitement spécial. Suivant les statistiques sur la gestion des instances du RIII de la Direction de l'élaboration des programmes du ministère du Procureur général de l'Ontario, la Cour de l'Ontario (Division provinciale), où le présent litige a pris naissance, a entendu, en 1992, 808 affaires mettant en cause des contestations liées à la *Charte*, et 836 en 1993. Ces chiffres parlent d'eux-mêmes et appuient le fait qu'une contestation liée à la *Charte*

185

1995 CanLII 115 (SCC)

186

187

ficient to be a basis for awarding costs against a successful party.

188 I conclude, therefore, that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred on him by Rule 57.01(1) when he stated that the national importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Constitutional Challenge

189 Tarnopolsky J.A. suggested that an award of costs against the Attorney General for Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. With respect, I disagree.

190 While it could be argued that the constitutional nature of the appellants' challenge is covered by Ontario Rule 57.01(1)(d), which makes "the importance of the issues" a relevant factor in awarding costs, this does not mean that the sole fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state. The fact that the right or freedom in question can be characterized as "fundamental", or otherwise, has no bearing on the issue. General rules, such as the principle that unsuccessful parties must bear their own costs, are not invalidated by the fact that rights, even "fundamental" rights, are being raised by the parties, except, perhaps, as discussed previously, where the government's intent is to have a *Charter* issue decided in the public interest. In this case, however, the main interests at stake were those of the appellants and they were not successful.

n'est tout simplement pas suffisante en soi pour justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause.

Je conclus donc que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 57.01(1), lorsqu'il a dit que l'importance nationale de l'affaire dont il était saisi justifiait de condamner aux dépens l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Contestation constitutionnelle

Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a laissé entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Même si on pouvait soutenir que la nature constitutionnelle de la contestation des appelants est visée par la règle 57.01(1)d) de l'Ontario, qui fait de l'«importance des questions en litige» un facteur pertinent pour accorder des dépens, cela ne signifie pas que le seul fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* soit suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens. Le fait que le droit ou la liberté en question puissent être qualifiés de «fondamentaux» ou autrement n'a aucune incidence sur la question. Les règles générales, comme le principe selon lequel les parties qui perdent doivent assumer leurs propres dépens, ne sont pas invalidées du seul fait que des droits, mêmes «fondamentaux», soient invoqués par les parties, sauf peut-être, comme nous l'avons vu précédemment, lorsque le gouvernement veut qu'une question relative à la *Charte* soit tranchée dans l'intérêt public. En l'espèce, toutefois, les principaux intérêts en jeu étaient ceux des appelants qui n'ont pas obtenu gain de cause.

Therefore, I cannot agree with Tarnopolsky J.A. that this case, given its facts, raised issues which were of such a fundamental nature so as to warrant the awarding of costs against the intervenor Attorney General for Ontario, a successful party.

The Complexity of the Proceeding

Ontario Rule 57.01(1)(c) states that the "complexity of the proceeding" is a factor that the court may consider in awarding costs. One possible basis for Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs is expressed in the following extract of his decision:

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

However, the "unusual" course taken by these proceedings had nothing to do with the intervenor. In fact, the "unusual" proceedings were ordered by the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever J.J.A., Griffiths J.A. dissenting) to remedy the errors of Webb Dist. Ct. J. Thus, if anyone is to bear the blame for the unusual proceedings, it would be the Ontario Court of Appeal, not the intervenor.

The intervenor's interest in the proceedings was simply to uphold the validity of a piece of legislation and to prevent the death of an infant. In order to do so, in the District Court appeal before Whealy Dist. Ct. J., the Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. There is no indication in the record that the appellants objected to the examination of these witnesses by the Attorney General for Ontario, nor is there any indication that Whealy Dist. Ct. J. found such evidence inappropriate. The fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced,

En conséquence, je ne puis être d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que, compte tenu de ses faits, la présente affaire soulevait des questions de nature fondamentale au point de justifier la condamnation aux dépens de l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, qui a obtenu gain de cause.

La complexité de l'instance

La règle 57.01(1)c) de l'Ontario prescrit que le «degré de complexité de l'instance» est un facteur dont la cour peut tenir compte en accordant des dépens. L'un des motifs susceptibles de justifier l'attribution de dépens faite par le juge Whealy est exposé dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Toutefois, le parcours «inhabituel» emprunté par ces procédures n'avait rien à voir avec l'intervenant. En fait, les procédures «inhabituelles» ont été ordonnées par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident) pour remédier aux erreurs commises par le juge Webb de la Cour de district. Donc, si quelqu'un doit assumer le blâme à cet égard, ce doit être la Cour d'appel de l'Ontario, et non l'intervenant.

L'intervenant dans l'instance avait simplement intérêt à faire confirmer la validité d'une mesure législative et à éviter la mort d'un enfant en bas âge. À cette fin, dans l'appel devant le juge Whealy de la Cour de district, le procureur général de l'Ontario a appelé six des huit témoins experts de l'intimée, la CAS, et contre-interrogé les témoins experts des appelants. Rien dans le dossier n'indique que les appelants se soient opposés à l'interrogatoire de ces témoins par le procureur général de l'Ontario, ni que le juge Whealy ait conclu que ces témoignages n'étaient pas appropriés. Le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où

as directed by the Ontario Court of Appeal, cannot be a source of reproach to the Attorney General for Ontario and cannot serve as a basis for the order of Whealy Dist. Ct. J. Quite the contrary, it was two of the appellants' witnesses that Whealy Dist. Ct. J. found "not too helpful" and one of their other witnesses that, according to Whealy Dist. Ct. J., "did not materially advance" either position put before the Court. No adverse or otherwise unfavourable comments were made as regards the Attorney General's witnesses. Consequently, the unusual nature and the complexity of the proceedings are, in my view, totally irrelevant as a basis for Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs on the facts of this case.

une nouvelle preuve a été produite, comme l'avait ordonné la Cour d'appel de l'Ontario, ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance du juge Whealy. Tout au contraire, c'est le témoignage de deux témoins des appelants que le juge Whealy a jugé «pas très utile» et l'un de leurs autres témoins qui, selon le juge Whealy, «n'a pas fait avancer sensiblement» l'une ou l'autre position soumise à la cour. Les témoins du Procureur général n'ont fait l'objet d'aucun commentaire défavorable ou par ailleurs négatif. En conséquence, j'estime que la nature inhabituelle et la complexité des procédures ne peuvent aucunement fonder l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens compte tenu des faits de l'espèce.

194 Besides, it is not evident to me that the present case was actually unusual in its proceedings. Admittedly, the proceedings might have been more lengthy than perhaps anticipated by the District Court Justice. A total of 18 witnesses were called, ten by the appellants and eight by the respondents CAS and the Official Guardian for Sheena B. The Attorney General for Ontario, then intervenor, called only six of the respondents' eight expert witnesses and cross-examined the appellants' expert witnesses. The District Court appeal was heard over a period of 20 days, in November and December 1988. This, however, is not unusual for a trial, particularly when dealing with a case where medical expertise is essential to the decision.

De plus, il n'est pas évident, à mon sens, que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles. Certes, il se pourrait qu'elles aient été plus longues que ne l'avait peut-être prévu le juge de la Cour de district. Au total, 18 témoins ont été appelés, dont dix par les appelants et huit par les intimés, la CAS et le tuteur public de Sheena B. Le procureur général de l'Ontario, alors intervenant, n'a appelé que six des huit témoins experts des intimés et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'appel devant la Cour de district s'est échelonné sur une période de 20 jours, en novembre et en décembre 1988, ce qui, toutefois, n'est pas inhabituel pour un procès, particulièrement lorsque l'expertise médicale est essentielle à la décision.

195 Moreover, the Attorney General for Ontario cannot be held accountable for the fact that the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, launched by the appellants, from Webb J.'s judgment and referred all the issues back to the District Court. New trials are ordered in countless cases and lengthy proceedings are far from unusual. The fact that the case went up to the Ontario Court of Appeal which then ordered a new trial cannot be characterized as "unusual" for the purpose of awarding costs against a successful party, an intervenor.

Par ailleurs, le procureur général de l'Ontario ne saurait être tenu responsable du fait que la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les appelants contre la décision du juge Webb et renvoyé toutes les questions à la Cour de district. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans d'innombrables cas et les longues procédures sont loin d'être inhabituelles. Le fait que l'affaire se soit rendue à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a alors ordonné un nouveau procès, ne saurait être qualifié d'«inhabituel» aux fins de la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant.

I, therefore, cannot see how Whealy Dist. Ct. J. could have come to the conclusion that the present case proceeded in a "most unusual fashion", absent any other indication in the record than the fact that the hearing was lengthy and proceeded as a trial *de novo* before an appellate jurisdiction. If that was unusual, it was not so for the purpose of awarding costs to an intervenor whose conduct was not the subject of reproach.

The Totality of the Factors

None of the factors identified by Whealy Dist. Ct. J. to justify his award of costs against an intervenor who was a successful party, here the Attorney General for Ontario, stand on the facts of this case nor can any of them be sufficient *per se* to justify the exercise of the court's discretion to award costs against the Attorney General for Ontario, a successful party. The additional factor discussed by Tarnopolsky J.A. is also not sufficient to justify the impugned costs order. This is not to say that the importance of a case, its complexity and the constitutional nature of a challenge could never be appropriate factors to consider in ordering costs against a successful party. They may be in a "proper case". This case is not one of them, in my view. Even taken together, all the factors considered by Whealy Dist. Ct. J. and Tarnopolsky J.A. could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs. To hold otherwise, as Houlden J.A. noted, would be to create a dangerous precedent, particularly in an era of heavy *Charter* litigation involving to a great extent the provincial and federal Attorneys General as interveners as of right. Eliminating the relative resources of the parties as a relevant factor and misconduct here, there was nothing unusual about this case for the purpose of awarding costs. State action and the importance of the case based on the sole fact that the constitutionality of a piece of legislation was challenged on the ground of a fundamental right guaranteed by the *Charter* are simply not sufficient factors to trigger the exercise of a court's discretion to award costs against a success-

Je ne vois donc pas comment le juge Whealy aurait pu en venir à la conclusion que la présente affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle», sans aucune autre indication dans le dossier que le fait que l'audition a été longue et qu'elle a pris la forme d'un nouveau procès devant une juridiction d'appel. Si cela était inhabituel, ce ne l'était pas aux fins de l'attribution de dépens à un intervenant dont la conduite était irréprochable.

L'ensemble des facteurs

Aucun des facteurs énoncés par le juge Whealy pour justifier sa condamnation aux dépens de l'intervenant qui a obtenu gain de cause, en l'occurrence le procureur général de l'Ontario, ne tient eu égard aux faits de la présente affaire, ni n'est suffisant en soi pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. L'autre facteur analysé par le juge Tarnopolsky ne suffit pas non plus pour justifier l'adjudication de dépens attaquée. Cela ne signifie pas que l'importance d'une affaire, sa complexité et la nature constitutionnelle d'une contestation ne pourraient jamais être des facteurs à considérer pour condamner aux dépens une partie qui obtient gain de cause. Ils peuvent l'être, «le cas échéant». À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. Même considérés ensemble, tous les facteurs dont les juges Whealy et Tarnopolsky ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement, comme le juge Houlden l'a signalé, créerait un dangereux précédent, particulièrement à l'ère où de nombreux litiges fondés sur la *Charte* mettent en cause, dans une large mesure, les procureurs généraux provinciaux et fédéral en leur qualité d'intervenants de plein droit. Abstraction faite de facteurs non pertinents comme les ressources relatives des parties et l'inconduite ici, il n'y avait rien d'inhabituel dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens. L'action de l'État et l'importance de l'affaire, découlant du seul fait que la constitutionnalité d'une mesure législative était contestée en fonction d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, ne sont simplement pas des facteurs suffisants pour déclencher l'exercice du

ful party, an intervener as of right at that, absent misconduct on his part.

pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant de plein droit, en l'absence d'inconduite de sa part.

198 I agree with Houlden J.A. when he says (at p. 360):

Since the appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*, s. 122 of the *Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43), required notice to be served on the Attorney General of Ontario. By s. 122(4), the Attorney General was entitled to adduce evidence and to make submissions to the court in respect of the constitutional question. Notice was given to the Attorney General for Ontario by the appellants as required by s. 122. The Attorney General intervened to defend the validity of the legislation and was successful before Judge Whealy in upholding its validity. It would, in my opinion, create a dangerous precedent to award costs against the Attorney General in these circumstances.

Je suis d'accord avec le juge Houlden lorsqu'il dit (à la p. 360):

[TRADUCTION] Puisque les appelants contestaient la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43), exigeait la signification d'un avis au procureur général de l'Ontario. Aux termes du par. 122(4), le Procureur général avait le droit de présenter à la cour une preuve et des observations relatives à la question constitutionnelle. Conformément à l'art. 122, les appelants ont signifié un avis au procureur général de l'Ontario. Ce dernier est intervenu pour défendre la validité de la mesure législative et il a réussi devant le juge Whealy à en faire confirmer la validité. À mon avis, condamner aux dépens le Procureur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent.

199 Goodman J.A.'s reluctance to interfere with the trial judge's exercise of discretion, although perhaps understandable as a rule, was not warranted here since Whealy Dist. Ct. J.'s reasons in that regard were not based on proper considerations given the circumstances of this case.

L'hésitation du juge Goodman à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, quoique peut-être compréhensible en règle générale, n'était pas justifiée en l'espèce puisque les motifs du juge Whealy à cet égard n'étaient pas fondés sur des considérations pertinentes étant donné les circonstances de l'affaire.

200 To put it frankly, I cannot avoid being left with the impression that, as a judge sitting on appeal, Whealy Dist. Ct. J. was unhappy to have to hear the case as if he was sitting as a trial judge. His reference to the length of the case and the number of witnesses, which is in no way unusual at trial but somehow unusual on appeal, has led me to the conclusion that this was the main reason for awarding costs as he did. However, this turn of events, as I said earlier, has nothing to do with the Attorney General for Ontario, but was the result of the order of the Ontario Court of Appeal, an appeal brought by the appellants themselves. In any event, this would not be a proper consideration in a matter of costs.

À vrai dire, je ne puis m'empêcher d'avoir l'impression qu'à titre de juge siégeant en appel, le juge Whealy était mal à l'aise d'avoir à entendre l'affaire comme s'il était un juge de première instance. Sa référence à la longueur de l'affaire et au nombre de témoins, qui n'est aucunement inhabituelle en première instance, mais quelque peu inhabituelle en appel, m'a amenée à conclure que c'est principalement pour cette raison qu'il a accordé des dépens comme il l'a fait. Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, cette tournure des événements n'a rien à voir avec le procureur général de l'Ontario, mais résulte de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la suite d'un appel interjeté par les appelants eux-mêmes. Quoi qu'il en soit, il ne s'agirait pas d'un facteur pertinent en matière de dépens.

V — Conclusion

This Court has jurisdiction to entertain a challenge to the exercise of judicial discretion when such discretion is not properly exercised. As far as awards of costs are concerned, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Court a wide discretion as to lower courts' costs order.

While it is true that courts of appeal should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, this rule is not absolute. The exceptions cover cases where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Among others, these are cases where relevant factors were not taken into account, insufficient or excessive weight was given to relevant factors, there was misconduct, the decision was capricious or arbitrary, etc.

With respect to costs, the rule is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is also not absolute. Rule 57.01 of the *Ontario Rules* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*. The trial was not an unusual one for the purpose of awarding costs, the intervention of the Attorney General for Ontario was a proper one and no finding of misconduct was made against him.

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Canada have a right to intervene in such cases and the Attorney General for Ontario did intervene here to defend the constitutional

V — Conclusion

Notre Cour est compétente pour entendre une contestation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire lorsque ce pouvoir n'est pas exercé correctement. Quant à l'attribution de dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* accorde explicitement à la Cour un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des ordonnances que les juridictions inférieures rendent en matière de dépens.

S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, cette règle n'est pas absolue. Les exceptions visent les cas où ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Ce sont, notamment, les cas où des facteurs pertinents n'ont pas été considérés, où on a accordé un poids insuffisant ou excessif à des facteurs pertinents, où il y a eu inconduite, où la décision était capricieuse ou arbitraire, etc.

En ce qui concerne les dépens, la règle veut qu'ils soient généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, en l'absence d'inconduite de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue elle non plus. La règle 57.01 des *Règles* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Le procès n'était pas inhabituel aux fins de l'attribution de dépens, l'intervention du procureur général de l'Ontario était légitime et aucune conclusion d'inconduite n'a été tirée à son sujet.

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Canada ont le droit d'intervenir en pareils cas et le procureur général de l'Ontario est effectivement intervenu en l'espèce pour défendre

201

1995 CanLII 115 (SCC)

202

203

204

validity of the *Child Welfare Act*. Absent misconduct and other relevant factors, an award of costs by the trial judge against the Attorney General for Ontario, who was successful at trial, was not warranted.

205 For those reasons, I am of the view that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred by s. 141(1) of the *Courts of Justice Act*, 1984.

206 As a result, I would allow the cross-appeal, reverse the judgment of the Ontario Court of Appeal on the issue of costs, award no costs on the appeal to the District Court and no costs on the appeal and the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, the whole without costs.

The following are the reasons delivered by

207 SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment herein of the Chief Justice and of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. With respect to the issue raised in the first constitutional question, I would adopt the approach followed by Tarnopolsky J.A. in the Court of Appeal ((1992), 10 O.R. (3d) 321) who in turn relied on the judgment of La Forest J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. In *Jones*, as in this case, it was unnecessary to determine whether a liberty interest was engaged because the threshold requirement of a breach of the principles of fundamental justice was not met. In all other respects I agree with the reasons of La Forest J. I would answer the constitutional questions and dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

208 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — We have read the reasons of Justice La Forest, and we agree with the result that there has been no unconstitutional violation of the appellants' rights, under either s. 7 or s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Free-*

la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. En l'absence d'inconduite et d'autres facteurs pertinents, le juge de première instance n'était pas justifié de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause au procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 141(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur la question des dépens, de n'accorder aucuns dépens quant à l'appel devant la Cour de district et quant à l'appel principal et à l'appel incident devant la Cour d'appel de l'Ontario, le tout sans dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et le juge La Forest, de même que ceux rédigés conjointement par les juges Iacobucci et Major. Quant au point soulevé par la première question constitutionnelle, je souscrirais au point de vue adopté par le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321) qui s'est lui-même fondé sur les motifs du juge La Forest dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans *Jones*, comme dans la présente affaire, il n'était pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté était en cause du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des principes de justice fondamentale n'était pas remplie. À tout autre égard, je souscris aux motifs du juge La Forest. Je répondrais aux questions constitutionnelles et trancherais le pourvoi principal et le pourvoi incident comme il propose de le faire.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Nous avons lu les motifs du juge La Forest et nous souscrivons à sa conclusion qu'il n'y a eu aucune violation inconstitutionnelle des droits des appelants, qu'ils soient garantis par l'art. 7 ou par l'al. 2a) de la

doms. However, we respectfully disagree with La Forest J.'s reliance on s. 1 of the *Charter* and the principles of fundamental justice in s. 7 in order to establish the constitutionality of the repealed *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66. Instead, we conclude that the class of parents caught by s. 19(1)(b)(ix) of the Act simply cannot benefit from the protection of the liberty interest in s. 7 or freedom of religion encapsulated in s. 2(a) of the *Charter*. We therefore find the appellants incapable of crossing the first threshold of *Charter* analysis. There is thus no initial constitutional infringement and, consequently, no need to uphold any such infringement either through its consonance with fundamental justice or its status as a reasonable limit in a free and democratic society.

Section 30(1) of the *Child Welfare Act* provides that a court may order a child to be committed to or subject to the care and custody of the Children's Aid Society for a period of time not exceeding 12 months. Section 30(1) is only triggered should the court deem the child to be "in need of protection": in other words, falling into one of the categories established by s. 19. In the case at bar, the relevant provision is s. 19(1)(b)(ix), since it is upon this that Judge Main of the Provincial Court (Family Division) relied to determine that Sheena was a "child in need of protection". Subparagraph (ix) provides as follows:

(b) "child in need of protection" means,

- (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately.

Charte canadienne des droits et libertés. En toute déférence, cependant, nous ne pouvons nous fonder, comme il l'a fait, sur l'article premier de la *Charte* et sur les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 pour établir la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, depuis lors abrogée. Nous concluons plutôt que la catégorie de parents visés par le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi ne peut simplement pas jouir de la protection du droit à la liberté garanti à l'art. 7 ou de la liberté de religion consacrée à l'al. 2a) de la *Charte*. Nous jugeons donc que les appelants sont incapables de franchir la première étape d'une analyse fondée sur la *Charte*. Ainsi, il n'y a eu, au départ, aucune violation de la Constitution et, par conséquent, il est inutile de maintenir une telle violation soit parce qu'elle respecte la justice fondamentale, soit parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

En vertu du par. 30(1) de la *Child Welfare Act*, la cour peut ordonner qu'un enfant soit confié aux soins ou à la garde de la société d'aide à l'enfance pour une période n'excédant pas 12 mois. Le paragraphe 30(1) ne s'applique que si la cour estime que l'enfant a «besoin de protection»: en d'autres termes, s'il tombe dans l'une des catégories établies à l'art. 19. En l'espèce, la disposition pertinente est le sous-al. 19(1)(b)(ix), puisque c'est en se fondant sur celui-ci que le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a déterminé que Sheena était [TRADUCTION] «une enfant ayant besoin de protection». Le sous-alinéa (ix) se lit ainsi:

b) [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» désigne

- (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement.

210 To this end, parents or guardians caught by s. 19(1)(b)(ix) will be those who neglect or refuse to provide medical care to the child in their charge when such treatment has been deemed necessary by a legally qualified medical practitioner.

211 It is important to bear in mind that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* are geared to the promotion of the health, safety and personal integrity of the child. To this end, although this appeal raises issues related to the right of parents to rear their children without undue influence by the state, it also touches on the s. 7 right of the child to life and security of the person. It is this perspective that we find absent from the reasons of La Forest J. As such, we are concerned by the fact that our colleague's decision creates a situation in which the child's right to life or security of the person is reduced to a limitation on the parents' constitutionally protected ability to deny that child the necessities of life owing to parental liberty and freedom of religion.

1. Section 7

212 We find that the right to liberty embedded in s. 7 does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional. Although the scope of "liberty" as understood by s. 7 is expansive, it is certainly not all-encompassing. This Court has unequivocally held that "liberty" is not synonymous with unconstrained freedom: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Such an interpretation of "liberty" flows from some of the prior decisions of this Court cited by La Forest J. in his reasons. Not all individual activity should immediately qualify as an exercise of "liberty" and hence be *prima facie* entitled to constitutional protection, subject only to the limits consonant with fundamental justice or s. 1. For example, Wilson J. (in a passage relied upon by La Forest J. in his judgment in this

À cette fin, les parents ou tuteurs visés par le sous-al. 19(1)b)(ix) seront ceux qui négligent ou refusent de fournir des soins médicaux à l'enfant dont ils ont la responsabilité lorsque ce traitement a été jugé nécessaire par un médecin dûment qualifié.

Il importe de garder à l'esprit que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* visent à promouvoir la santé, la sécurité et l'intégrité personnelle de l'enfant. À cette fin, bien que le présent pourvoi soulève des questions relatives au droit des parents d'éduquer leurs enfants sans influence indue de la part de l'État, il porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne, que lui garantit l'art. 7. C'est cet aspect qui, à notre avis, fait défaut dans les motifs du juge La Forest. Voilà pourquoi, nous craignons que la décision de notre collègue crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion.

1. Article 7

Nous sommes d'avis que le droit à la liberté, consacré à l'art. 7, ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé. Bien que de portée vaste, la «liberté» au sens de l'art. 7 n'est certainement pas absolue. Notre Cour a conclu sans équivoque que «liberté» n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). Cette interprétation de la «liberté» découle de certains arrêts antérieurs de notre Cour, que le juge La Forest cite dans ses motifs. Ce ne sont pas toutes les activités individuelles qui devraient être immédiatement qualifiées d'exercice de «liberté», et, de ce fait, pouvoir, à première vue, bénéficier de la protection de la Constitution, sous réserve seulement de limites conformes à la justice fondamentale ou à l'article premier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge

case) in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, remarked at p. 318:

John Stuart Mill described it [liberty] as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". [Emphasis added.]

This is clearly a case where Sheena's right to liberty, security of the person, and potentially even to life is deprived. It is important to note that the abridgment of Sheena's s. 7 rights operates independently from the question whether the parents honestly believe that their refusal to consent to the transfusion is in the best interests of the child, since such a refusal shall, according to the appellants, prevent her from being "defiled in the eyes of God". Whether or not her parents' motivations are well-intentioned, the physical effects upon Sheena of the refusal to transfuse blood are equally deleterious.

We note that La Forest J. holds that "liberty" encompasses the right of parents to have input into the education of their child. In fact, "liberty" may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, assuming without deciding that "liberty" has such a reach, it certainly does not extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person.

In any event, there is an immense difference between sanctioning some input into a child's education and protecting a parent's right to refuse their children medical treatment that a professional adjudges to be necessary and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (Prov. Ct. (Fam. Div.)), at p. 147. In our view, the best way to ensure this

Wilson fait remarquer (dans un passage cité par le juge La Forest dans ses motifs en l'espèce), à la p. 318:

John Stuart Mill décrit cela [la liberté] ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». [Nous soulignons.]

Il s'agit ici nettement d'un cas où le droit de Sheena à la liberté, à la sécurité de sa personne et peut-être même à la vie, lui est nié. Il importe de signaler qu'il y a atteinte aux droits garantis à Sheena par l'art. 7, indépendamment de la question de savoir si les parents croient honnêtement que leur refus de consentir à la transfusion est dans l'intérêt de l'enfant, puisque ce refus vise, selon les appelants, à l'empêcher d'être [TRADUCTION] «souillée aux yeux de Dieu». Que les parents soient ou non bien intentionnés, les conséquences physiques pour Sheena du refus de la transfusion sanguine sont tout aussi néfastes.

Nous remarquons que le juge La Forest conclut que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant. En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu'à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle portée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appelants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne.

Quoi qu'il en soit, il y a une énorme différence entre sanctionner une certaine contribution à l'éducation d'un enfant et protéger le droit des parents de refuser à leur enfant le traitement médical qu'un professionnel juge nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujéti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (C. prov. (Div. fam.)), à la p. 147. À notre

outcome is to view an exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child as falling outside s. 7.

avis, la meilleure façon de garantir ce résultat est de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7.

216 Our colleague's reasons open the door to the possibility that a violation of a guardian's s. 7 rights will be found should the state deny a guardian his or her right to refuse a child in his or her charge medical treatment and should that denial fail to conform with fundamental justice. In the case at bar, Sheena's condition, although believed to be serious, was not sufficiently urgent to prevent the Children's Aid Society from seeking a court-ordered wardship, thereby complying with procedural fundamental justice. But what if Sheena were injured in a car accident and required an immediate blood transfusion to save her life? Even if her parents had been in agreement that the transfusion was necessary and urgently required, their personal convictions would still likely have compelled them to refuse their daughter the treatment. To this end, this exercise of parental liberty can engender the death of an infant.

Les motifs de notre collègue ouvrent la porte à la possibilité que l'on conclue à la violation des droits garantis à un tuteur par l'art. 7, si l'État prive ce dernier du droit de refuser un traitement médical à un enfant sous sa responsabilité, et si jamais ce refus n'est pas conforme à la justice fondamentale. En l'espèce, l'état de Sheena, bien que jugé grave, n'était pas suffisamment urgent pour empêcher la société d'aide à l'enfance de solliciter une ordonnance judiciaire de tutelle, de manière à respecter la justice fondamentale sur le plan procédural. Mais que ce serait-il passé si Sheena avait été blessée dans un accident de voiture et si elle avait dû recevoir une transfusion sanguine immédiatement pour rester en vie? Même si ses parents avaient convenu que la transfusion était nécessaire et requise de toute urgence, leurs convictions personnelles les auraient probablement forcés à refuser le traitement à leur fille. À cet égard, l'exercice de la liberté parentale peut provoquer la mort de l'enfant.

217 We find it counter-intuitive that "parental liberty" would permit a parent to deny a child medical treatment felt to be necessary until some element of procedural fundamental justice is complied with. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual, especially when that individual cannot speak for herself and, in Sheena's case, has never spoken for herself. The rights enumerated in the *Charter* are individual rights to which children are clearly entitled in their relationships with the state and all persons — regardless of their status as strangers, friends, relatives, guardians or parents.

Intuitivement, nous ne sommes pas portés à admettre que la «liberté parentale» peut permettre à un parent de refuser à un enfant un traitement médical jugé nécessaire, jusqu'à ce qu'un quelconque élément de justice fondamentale soit respecté sur le plan procédural. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté et, dans le cas de Sheena, ne l'a jamais fait. Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes — peu importe qu'il s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.

218 The suggestion that parents have the ability to refuse their children medical procedures such as blood transfusions in situations where such a transfusion is necessary to sustain that child's health is

La proposition voulant que les parents aient la capacité de refuser à leurs enfants des procédures médicales comme une transfusion sanguine dans des cas où cette transfusion est nécessaire pour

consistent with the view, now long gone, that parents have some sort of "property interest" in their children. Indeed, in recent years, this Court has emphasized that parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141. The nature of the parent-child relationship is thus not to be determined by the personal desires of the parent, yet rather by the "best interests" of the child. In *Young, supra*, at p. 47, L'Heureux-Dubé J. (discussing the issue of custody in family law) commented that:

The proposition . . . is one of duty and obligation to the child's best interests. . . . One cannot stress enough that it is from the perspective of the child's interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the "rights" of the parent are not a criterion.

The exercise of parental beliefs that grossly invades the "best interests" of the child is not activity protected by the right to "liberty" in s. 7. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter's* goal of protecting the most vulnerable members of society. As society becomes increasingly cognizant of the fact that the family is often a very dangerous place for children, the *parens patriae* jurisdiction assumes greater importance. Although there are times when the family should be shielded from the intrusions of the state, Sheena's situation is one in which the state should be readily able to intervene not only to protect the public interest, but also to preserve the security of infants who cannot yet speak for themselves.

It is clear that a purpose of the *Charter* is to protect the individual from governmental interference. For this reason, as noted by our colleague La Forest J., many *Charter* rights have been given broad interpretations. In the instant appeal, concern has been raised that whittling down the ambit of "parental liberty" could deny parents a constitutional remedy should the state, without due process

préservé la santé de cet enfant est conforme au point de vue, qui n'a plus cours depuis longtemps, suivant lequel les parents ont une sorte de «droit de propriété» sur leurs enfants. De fait, au cours des dernières années, notre Cour a précisé que les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. La nature de la relation parent-enfant doit donc dépendre non pas de la volonté personnelle du parent, mais plutôt de «l'intérêt» de l'enfant. Dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 47, le juge L'Heureux-Dubé (sur la question de la garde en droit de la famille) fait le commentaire suivant:

Il [...] s'agit [...], en l'occurrence, [...] de devoir et d'obligation dans l'intérêt de l'enfant. [...] On ne saurait trop insister sur le fait que c'est dans l'optique de l'intérêt de l'enfant qu'il convient d'évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d'un parent n'entrent pas en ligne de compte.

L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur «l'intérêt» de l'enfant n'est pas protégé par le droit à la «liberté» prévu à l'art. 7. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société. Au fur et à mesure que la société prend davantage conscience du fait que la famille est souvent un endroit très dangereux pour des enfants, la compétence *parens patriae* revêt une plus grande importance. Bien qu'il arrive que la famille doive être soustraite aux intrusions de l'État, la situation de Sheena est un cas où l'État devrait pouvoir intervenir aisément non seulement pour protéger l'intérêt public, mais également pour garantir la sécurité des enfants en bas âge qui ne peuvent pas encore exprimer leur volonté.

Il est clair que la *Charte* a pour objet, notamment, de protéger les citoyens contre l'ingérence gouvernementale. C'est pourquoi, comme l'a souligné notre collègue le juge La Forest, bien des droits garantis par la *Charte* ont été interprétés largement. En l'espèce, on a dit craindre que la réduction de la portée de la «liberté parentale» puisse enlever aux parents un recours constitution-

or substantive merit, arbitrarily decide to remove a child from a home. In our estimation, a more appropriate way of mitigating such a possibility would be to view such a removal as an interference with the child's own liberty or security interest, not that of the parent. With respect, such an approach obliges the state's *parens patriae* jurisdiction to be fairly exercised, both procedurally and substantively, without necessitating that the "liberty" interest embedded in s. 7 be extended to include parents' endangering the lives of children or denying them required medical treatment.

221 In sum, since we find the parental decision to withhold medical care to be outside the scope of "liberty", it does not qualify for *Charter* protection in the first place.

222 We have also read the reasons of the Chief Justice. He would confine the right to liberty in s. 7 to the "judicial" context, specifically criminal matters. He would also limit its reach to the physical or corporeal component of liberty, thereby leaving psychological coercion and emotional trauma outside the scope of "liberty". With respect, we do not find it necessary to pronounce on such an important matter in these reasons, particularly since this Court has not had the benefit of full argument on the appropriate contours between the rights protected by s. 7 and the freedoms covered by s. 2. We would consequently leave this determination for another day, and a case in which such issues arise more directly.

2. Section 2(a)

223 The parents of Sheena are constitutionally entitled to manifest their beliefs and practise their religion, as is their daughter. That constitutional freedom includes the right to educate and rear their child in the tenets of their faith. In effect, until the child reaches an age where she can make an independent decision regarding her own religious

nel si jamais l'État, sans procédure équitable ni justification de fond, décide arbitrairement de retirer un enfant d'un foyer. À notre avis, une façon plus appropriée d'atténuer cette possibilité serait de considérer un tel retrait comme une atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de l'enfant lui-même et non à celui du parent. En toute déférence, une telle méthode oblige l'État à exercer équitablement sa compétence *parens patriae*, tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond, sans qu'il soit nécessaire que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, soit élargi de manière à viser la situation où des parents mettent en danger la vie d'un enfant ou lui refusent un traitement médical nécessaire.

Bref, puisque nous jugeons que la décision des parents de refuser des soins médicaux est exclue de la portée de la «liberté», elle ne peut, au départ, jouir de la protection de la *Charte*.

Nous avons également lu les motifs du Juge en chef. Il restreindrait le droit à la liberté, garanti à l'art. 7, au contexte «judiciaire», plus précisément aux affaires criminelles. Il le limiterait à la dimension physique ou corporelle de la liberté, excluant ainsi de la portée de la «liberté» la contrainte psychologique et le traumatisme émotionnel. En toute déférence, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur une question aussi importante dans les présents motifs, d'autant plus que notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre une argumentation complète sur les délimitations appropriées des droits protégés par l'art. 7 et des libertés garanties par l'art. 2. Nous sommes donc d'avis de remettre cette décision à une autre occasion où ces questions se poseront plus directement.

2. Alinéa 2a)

Les parents de Sheena ont, en vertu de la Constitution, le droit de manifester leurs croyances et de pratiquer leur religion, tout comme leur fille. Cette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. En fait, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge où elle sera en mesure de prendre elle-même une décision sur ses propres croyances religieuses, ses parents peuvent décider

beliefs, her parents may decide on her religion for her and raise her in accordance with that religion.

However, the freedom of religion is not absolute. Although La Forest J. considered that limitations on this right are best considered under a s. 1 analysis, we are of the view that the right itself must have a definition, and even if a broad and flexible definition is appropriate, there must be an outer boundary. Conduct which lies outside that boundary is not protected by the *Charter*. That boundary is reached in the circumstances of this case.

We are of the view that the constitutional question should be: to what extent can an infant's right to life and health be subordinated to conduct emanating from a parent's religious convictions? With this perspective as a starting point, we find that the appellants do not benefit from the protection of s. 2(a) of the *Charter* since a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child.

Just as there are limits to the ambit of freedom of expression (e.g. s. 2(b) does not protect violent acts: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 753 and 801; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 732 and 830), so are there limits to the scope of s. 2(a), especially so when this provision is called upon to protect activity that threatens the physical or psychological well-being of others. In other words, although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, and it is the latter freedom at issue in this case. The fact that "freedom" does not operate in a vacuum was underscored by Dickson J. (as he then was) in his seminal decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337:

Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way

de sa religion et l'élever en conformité avec celle-ci.

La liberté de religion n'est toutefois pas absolue. Bien que le juge La Forest ait estimé que les restrictions de ce droit sont mieux analysées dans le cadre de l'article premier, nous sommes d'avis que le droit lui-même doit être défini et que, même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite. La conduite qui outre-passe cette limite n'est pas protégée par la *Charte*. Cette limite est atteinte dans les circonstances de la présente affaire.

Nous sommes d'avis que la question constitutionnelle devrait être la suivante: dans quelle mesure le droit à la vie et à la santé d'un enfant en bas âge peut-il être subordonné au comportement dicté par les convictions religieuses d'un parent? Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'al. 2a) de la *Charte* puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie.

Tout comme il existe des limites à la liberté d'expression (p. ex., l'al. 2b) ne protège pas les actes violents: *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2a), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce. Dans les motifs de principe qu'il a rédigés, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souligne que la «liberté» n'existe pas dans l'absolu:

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut

224

1995 CanLII 115 (SCC)

225

226

contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

être forcé d'agir contrairement à ses croyances et à sa conscience. [Nous soulignons.]

227 In more recent years, members of this Court have recognized the limits of s. 2(a) as a tool to justify parental control over children. For example, in 1989 the Supreme Court affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (affirmed with no discussion of s. 2(a) of the *Charter*, [1989] 1 S.C.R. 1392). At page 355, the Ontario Court of Appeal held that:

Plus récemment, les membres de notre Cour ont reconnu les limites de l'al. 2a) comme moyen de justifier le contrôle des parents sur leurs enfants. Par exemple, en 1989, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (confirmé sans analyse de l'al. 2a) de la *Charte*, [1989] 1 R.C.S. 1392). À la page 355, la Cour d'appel de l'Ontario conclut ceci:

The duty imposed by statute to provide necessities of life is applicable to all parents. It is not a lawful excuse for a parent who, knowing that a child is in need of medical assistance, refuses to obtain such assistance because to do so would be contrary to a tenet of their own particular faith. The guarantee of freedom of conscience and religion as enshrined in the Charter has nothing to do with this issue. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'obligation imposée par la loi de fournir les choses nécessaires à la vie s'applique à tous les parents. Le parent qui sait que son enfant a besoin d'assistance médicale ne saurait affirmer à sa décharge, pour refuser de la lui procurer, que pareille assistance serait contraire à un précepte de sa propre foi. La liberté de conscience et de religion garantie par la Charte n'a rien à voir avec cette question. [Nous soulignons.]

228 Furthermore, in the even more recent decision of this Court in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. (writing for the majority on this point) held at p. 182 that:

En outre, dans l'arrêt encore plus récent de notre Cour *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé (s'exprimant au nom de la majorité sur ce point) conclut, à la p. 182, que:

As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added.]

Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Nous soulignons.]

229 A similar approach was taken by McLachlin J. in *Young*, *supra*, at p. 122, this decision released concurrently with *P. (D.)*, *supra*:

Le juge McLachlin a adopté une position semblable dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 122, rendu en même temps que l'arrêt *P. (D.)*, précité:

It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection.

Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection.

230 We are also reinforced in our findings by the decisions of lower courts not to view parents' refusal to consent to a blood transfusion for their

Nous sommes également renforcés dans nos conclusions par la décision des tribunaux d'instance inférieure d'exclure de la protection de l'al.

children as activity protected by s. 2(a): *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (Alta. Prov. Ct.); *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.) (appeal to Court of Appeal quashed and application to reinstate appeal refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), at p. 395; *Re R.K.*, *supra*.

The appellants proceed on the assumption that Sheena is of the same religion as they, and hence cannot submit to a blood transfusion. Yet, Sheena has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith, nor, for the matter, with any religion, assuming any such agreement would be effective. There is thus an impingement upon Sheena's freedom of conscience which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. In fact, denying an infant necessary medical care could preclude that child from exercising any of her constitutional rights, as the child, due to parental beliefs, may not live long enough to make choices about the ideas she should like to express, the religion she should like to profess, or the associations she should like to join. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. We are fortified in this conclusion by the following passage of Dickson J. in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 346:

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

In conclusion, we would affirm the decision of the District Court judge that s. 2(a) will not protect conduct that overrides the s. 7 life and security interests of an infant.

2a) le refus des parents de consentir à ce que leurs enfants subissent une transfusion sanguine: *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (C. prov. Alb.); *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.) (appel devant la Cour d'appel annulé et demande de rétablissement d'appel refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), à la p. 395; *Re R.K.*, précité.

Les appelants ont agi en tenant pour acquis que Sheena est de la même religion qu'eux et qu'elle ne saurait donc subir une transfusion sanguine. Pourtant, Sheena n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni, quant à cela, à aucune religion, en supposant qu'une telle adhésion serait valable. Il y a donc une atteinte à la liberté de conscience de Sheena, qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. En fait, refuser à une enfant en bas âge des soins médicaux nécessaires pourrait empêcher cette enfant d'exercer ses droits constitutionnels, puisqu'il se peut qu'en raison des croyances de ses parents elle ne vive pas assez longtemps pour faire des choix sur les idées qu'elle aimerait exprimer, la religion qu'elle souhaiterait professer, ou les associations auxquelles elle souhaiterait adhérer. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 346, vient renforcer notre conclusion:

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Nous soulignons.]

En conclusion, nous sommes d'avis de confirmer la décision du juge de la Cour de district que l'al. 2a) ne protège pas la conduite qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à un enfant en bas âge.

3. Balancing Conflicts Between Individual Rights

233

Although many of the competing rights discussed in this appeal could perhaps be integrated into a s. 1 analysis as was done by La Forest J. both in his disposition of the matter at hand as well as in *R. v. Jones, supra*, at p. 297, we believe this is inappropriate in the present case. Such an approach elevates choosing to refuse one's child necessary medical care on account of one's personal convictions to the level of constitutionally protected activity. Moreover, this approach obliges s. 1 almost single-handedly to play the role of balancing diverse interests. Although s. 1 may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required in the case at bar. The nexus of the balancing operates between Sheena's right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion. We are not convinced that s. 1 should be the exclusive balancing agent between two individuals' positive and negative liberties. Further, it is noteworthy that many of the *Charter* cases relied upon as supporting a broad definition of the liberty interest clearly involve conflicts between individual rights and state interests, often in the context of the criminal law: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. This is not the situation in the case at bar. To this end, we do not find that denying the appellants the protection of s. 2(a) or s. 7 unduly truncates the application of the *Charter*.

234

In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 320-21, La Forest J. remarked that s. 2(d) of the *Charter*, although encompassing a right of freedom from association, "could certainly not have been intended [to] protect us against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a democratic community, the existence of which the *Charter* clearly assumes". He thus ascribes an outer boundary to s. 2(d). If s. 2(d) will not encompass the right to dissociate

3. Évaluation des conflits entre des droits individuels

Même s'il était possible d'intégrer bon nombre des droits opposés analysés en l'espèce dans une analyse fondée sur l'article premier, comme l'a fait le juge La Forest en statuant sur la présente affaire de même que dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, à la p. 297, nous ne croyons pas qu'il convient de le faire en l'espèce. Ce point de vue élève, au rang d'activité protégée par la Constitution, la décision de refuser à un enfant des soins médicaux nécessaires, en raison de convictions personnelles. En outre, il confère presque exclusivement à l'article premier la fonction de soupeser des droits divers. Bien que l'article premier puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce. Le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de Sheena à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion. Nous ne sommes pas convaincus que l'article premier devrait être le seul instrument d'évaluation des libertés positives et négatives de deux individus. En outre, il convient de signaler que de nombreuses affaires relatives à la *Charte*, invoquées à l'appui d'une définition générale du droit à la liberté, impliquent manifestement un conflit entre des droits individuels et des intérêts de l'État, souvent dans le contexte du droit criminel: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Ce n'est pas le cas en l'espèce. À cette fin, nous ne pouvons conclure que refuser aux appelants la protection de l'al. 2a) ou de l'art. 7 tronque indûment l'application de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 320 et 321, le juge La Forest fait remarquer que, bien qu'il protège le droit à la liberté d'association, «on n'a sûrement pas voulu que l'al. 2d) [de la *Charte*] nous protège contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique, dont il est clair que la *Charte* présuppose l'existence». Il fixe donc une limite à l'al. 2d). Si cet alinéa ne donne pas le droit

from institutions integral to the structure of society, we conclude by analogy that neither s. 2(a) nor the liberty interest of s. 7 permits parents to endanger the lives of their children. Expanding the substantive rights guarantees to cover such activity would, with greatest respect, render them meaningless owing to a lack of definition. Just because it is self-evident that a rights limitation shall be upheld as comporting with fundamental justice or s. 1 does not mean that it is necessary to proceed to this level of analysis.

4. Disposition

We conclude that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not occasion any rights infringements in the first place. We would otherwise dispose of the appeal and cross-appeal in the manner proposed by La Forest J.

Appeal and cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting on the cross-appeal.

Solicitors for the appellants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Solicitor for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Solicitor for the respondent the Official Guardian of Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Solicitors for the respondent the Attorney General for Ontario: Janet E. Minor and Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Isabelle Harnois and Monique Rousseau, Ste-Foy, Quebec.

de se dissocier d'associations qui font partie intégrante de la structure de la société, nous concluons par analogie que ni l'al. 2a) ni le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'autorisent les parents à mettre en danger la vie de leurs enfants. En toute déférence, étendre les garanties de droits substantiels à une telle activité les dénuerait de tout sens en raison de l'absence de définition. Il n'est pas nécessaire d'effectuer ce genre d'analyse seulement parce qu'il est évident en soi que la restriction d'un droit doit être maintenue si elle est conforme à la justice fondamentale ou à l'article premier.

4. Dispositif

Nous concluons que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne portent atteinte à aucun droit, au départ. Par ailleurs, nous sommes d'avis de trancher le pourvoi principal et le pourvoi incident de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente quant au pourvoi incident.

Procureurs des appelants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Procureur de l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Procureur de l'intimé le tuteur public de l'Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Procureurs de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Janet E. Minor et Robert E. Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Isabelle Harnois et Monique Rousseau, Ste-Foy, Québec.