

**Pasquale Salituro** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SALITURO

File No.: 22049.

1991: June 26; 1991: November 28.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

*Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency — Spouses — Husband charged with using forged document after forging wife's name on cheque and cashing it — Spouses separated without any reasonable possibility of reconciliation — Whether wife of accused competent witness for prosecution — Whether appropriate case for court to change common law rule of spousal incompetence.*

The accused was charged with using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. He had signed his wife's name on a cheque payable to them jointly and cashed it. At trial, the accused testified that he had his wife's authority to do this. The accused's wife, testifying for the Crown, denied giving him such authority. The trial judge accepted her evidence and convicted the accused. At the time of the offence, the accused and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raises only one question: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

*Held:* The appeal should be dismissed.

While complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, judges can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society when it is appropriate to do so. Since the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, judges also have a duty to see that the common law develops in

**Pasquale Salituro** *Appellant*

c.

**a Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SALITURO

Nº du greffe: 22049.

1991: 26 juin; 1991: 28 novembre.

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

*c* Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

*Droit criminel — Preuve — Témoin — Habilité — Conjoint — Mari accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son épouse sur un chèque et l'avoir encaissé — Conjoint séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation — L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner pour la poursuite? — Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?*

*f* L'accusé a été inculpé d'avoir utilisé un document contrefait en contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. Il avait signé le nom de sa femme sur un chèque payable aux deux époux conjointement et l'avait encaissé. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme. Cette dernière, qui a témoigné pour le ministère public, a nié lui avoir donné son autorisation. Le juge du procès a accepté le témoignage de l'épouse et a déclaré l'accusé coupable. Au moment de l'infraction, l'accusé et son épouse étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève une seule question: y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabitabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existent de possibilités raisonnables de réconciliation?

*i* *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

S'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les juges peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux lorsqu'il est opportun de le faire. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges ont également le devoir de

accordance with the values of the *Charter*. Where the principles underlying a common law rule are out of step with *Charter* values, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the rule so as to make it consistent with such values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action, then the rule ought to be changed. This is an appropriate case for a court to change the common law rule in order to make spouses who are irreconcilably separated competent witnesses for the prosecution.

It is apparent from an examination of the history of the rule making a spouse an incompetent witness for the prosecution that any policy justification which may at one time have existed in support of the rule, including the preservation of marital harmony, has now disappeared in the case of divorced or irreconcilably separated spouses. The rule, which followed naturally from the legal position of the wife at the time, reflects a view of the role of women which is not compatible with the importance now given to sexual equality. In particular, the rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness is inconsistent with the values enshrined in the *Charter*. The common law rule of spousal incompetence involves a conflict between the capacity of the individual to testify and the interests of society in preserving the marriage bond. Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect. To give paramountcy to the marriage bond over the interests of individual choice in cases of irreconcilable separation is thus inappropriate in the age of the *Charter*. The *Charter* requires that individual choices not be restricted unnecessarily. Making a separated spouse a competent witness for the prosecution may ultimately mean that an irreconcilably separated spouse is also compellable at the instance of the prosecution; however, this question was not raised on this appeal.

The amendments to s. 4 of the *Canada Evidence Act* do not indicate a parliamentary intention to retain the common law rule of spousal incompetence as it presently stands. The amendments made to the Act since 1906 were peripheral and largely consequential to amendments to the *Criminal Code*. They were made

veiller à ce que la common law évolue en conformité avec les valeurs de la *Charte*. Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec ces valeurs, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, elle doit être modifiée. La présente affaire se prête à un changement de la règle de common law par une cour, de façon à rendre les conjoints séparés irrémédiablement habiles à témoigner pour le poursuivant.

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'inhabitabilité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que, si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, y compris la préservation de l'harmonie conjugale, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La règle, qui découlait naturellement de la place juridique que l'épouse occupait à cette époque, reflète une conception du rôle de la femme qui n'est pas compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'inhabitabilité à témoigner du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la capacité de la personne à témoigner et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger. La prépondérance du lien du mariage sur le droit de la personne de choisir dans les cas de séparation irrémédiable n'est plus appropriée à l'ère de la *Charte*. La *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement. Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte pouvoir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant; toutefois, cette question n'a pas été soulevée lors du présent pourvoi.

Les modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne traduisent pas une intention du Parlement de conserver, dans son état actuel, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Les modifications apportées à la Loi depuis 1906 étaient marginales et, pour la plupart, corrélatives à des modifications apportées au *Code criminel*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ

without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case.

### Cases Cited

**Referred to:** *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 17].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 329, 368, 691(1)(a).  
*Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 [formerly S.C. 1967-68, c. 24].  
*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 10.  
*Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, preamble.  
*Matrimonial Causes Act* (U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85.

### Authors Cited

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act*, 1985. Toronto: Carswell, 1986.

d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives.

### Jurisprudence

**a** **Arrêts mentionnés:** *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
**g** *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 329, 368, 691(1)a).  
*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, préambule.  
**h** *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 [auparavant S.C. 1967-68, ch. 24].  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 10.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 17].  
**i** *Matrimonial Causes Act* (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85.

### Doctrine citée

**j** Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act*, 1985. Toronto: Carswell, 1986.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book One. Oxford: Clarendon Press, 1770.

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. *Evidence*. Study Paper No. 1 "Competence and Compellability". Ottawa: The Commission, 1972.

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of uttering a forged document. Appeal dismissed.

*Marc Rosenberg*, for the appellant.

*Jamie C. Klukach*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises the question of the competence of a spouse who is separated from his or her spouse without reasonable possibility of reconciliation to testify as a witness for the prosecution.

## I. Facts

The appellant, Mr. Pasquale Salituro, signed the name of his wife, Mrs. Carrie Salituro, on a cheque payable jointly to her and to him. It was admitted that the appellant signed Mrs. Salituro's name and that he cashed the cheque, but the appellant's defence was that he had his wife's authority to do so. Mrs. Salituro denied this and the trial judge accepted her evidence over the appellant's and convicted him of forgery. The trial judge concluded on the basis of the appellant's testimony that the appellant and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation at the time the appellant forged his wife's signature.

Without Mrs. Salituro's testimony the appellant would not have been convicted. The issue is therefore

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1 et 2. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Document préliminaire n° 1 «L'habileté et la contrainte à témoigner». Ottawa: La Commission, 1972.

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à l'accusation d'avoir utilisé un document contrefait. Pourvoi rejeté.

*Marc Rosenberg*, pour l'appellant.

*Jamie C. Klukach*, pour l'intimée.

e Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi soulève la question de savoir si une personne séparée de son conjoint, sans possibilité raisonnable de réconciliation, peut être témoin à charge contre son conjoint.

## I. Les faits

g L'appelant, M. Pasquale Salituro, a signé le nom de sa femme, Mme Carrie Salituro, sur un chèque payable aux deux époux conjointement. Il a été admis que l'appelant avait signé le nom de Mme Salituro et qu'il avait encaissé le chèque mais, en défense, l'appelant a fait valoir qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme, ce que celle-ci a nié. Le juge du procès a préféré le témoignage de Mme Salituro à celui de l'appelant qu'il a déclaré coupable de faux. Du témoignage de l'appelant, le juge a déduit que, au moment de la contrefaçon, les conjoints étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation.

j N'eût été le témoignage de Mme Salituro, l'appelant n'aurait pas été déclaré coupable. La question en

whether Mrs. Salituro's testimony falls under an exception to the common law rule that a spouse is an incompetent witness for the prosecution. Since this is an appeal as of right, the appeal is limited by s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to questions of law on which a judge of the court of appeal dissents. As a result there is only one question on this appeal: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

## II. Statutory Provisions

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence against subsection 50(1) of the *Young Offenders Act* or with an offence against any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268, or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

litige est donc de savoir si le témoignage de Mme Salituro relève d'une exception à la règle de common law portant que le conjoint est inhabile à témoigner pour le poursuivant. Puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit, le débat est limité, par l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux questions de droit au sujet desquelles un juge de la cour d'appel est dissident. En conséquence, une seule question se pose dans ce pourvoi: Y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabitabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation?

## II. Dispositions législatives

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contrainnable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contrainnable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

**329.** (1) Subject to subsection (2), no husband or wife, during cohabitation, commits theft of anything that is by law the property of the other.

(2) A husband or wife commits theft who, intending to desert or on deserting the other or while living apart from the other, fraudulently takes or converts anything that is by law the property of the other in a manner that, if it were done by another person, would be theft.

(3) Every one commits theft who, during cohabitation of a husband and wife, knowingly

(a) assists either of them in dealing with anything that is by law the property of the other in a manner that would be theft if they were not married; or

(b) receives from either of them anything that is by law the property of the other and has been obtained from the other by dealing with it in a manner that would be theft if they were not married.

**368.** (1) Every one who, knowing that a document is forged,

(a) uses, deals with or acts on it,

as if the document were genuine, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

### III. The Courts Below

#### A. *Provincial Court of Ontario*

BeGora Prov. Ct. J. convicted the appellant of using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. Although Mrs. Salituro's testimony was essential to the appellant's conviction, no objection was taken to the admissibility of her evidence at trial.

#### B. *Court of Appeal for Ontario*

The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from conviction, but allowed his appeal from

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

**a** *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

**329.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne commet, pendant la cohabitation, le vol d'une chose qui est, par la loi, la propriété de son conjoint.

**b** (2) Commet un vol quiconque, voulant abandonner ou en abandonnant son conjoint, ou pendant qu'ils vivent séparément l'un de l'autre, prend ou détourne frauduleusement une chose qui, d'après la loi, appartient à son conjoint, d'une manière qui constituerait un vol, de la part de toute autre personne.

**c** (3) Commet un vol quiconque, pendant la cohabitation d'un mari et d'une femme, sciemment:

**d** a) soit aide l'un d'entre eux à disposer de toute chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre, d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol;

**e** b) soit reçoit de l'un ou de l'autre une chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre et a été obtenue de l'autre en disposant d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol.

**368.** (1) Quiconque, sachant qu'un document est contrefait, selon le cas:

**f** a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard;

**g** comme si le document était authentique, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

### III. Les tribunaux d'instance inférieure

#### A. *La Cour provinciale de l'Ontario*

**h** Le juge BeGora de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable de s'être servi d'un document contrefait en violation de l'art. 368 du *Code criminel*. Bien que le témoignage de Mme Salituro ait été essentiel à la déclaration de culpabilité de l'appelant, aucune objection n'a été soulevée au procès quant à la recevabilité de ce témoignage.

#### B. *La Cour d'appel de l'Ontario*

**j** La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de l'appelant mais elle a accueilli l'ap-

sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (hereinafter cited to C.C.C.). Galligan and Blair JJ.A. wrote separate concurring reasons dismissing the appeal; Carthy J.A. dissented.

### (1) Reasons of Galligan J.A.

Galligan J.A. concluded that, as there were no sound reasons for applying the rule of spousal incompetence to spouses who are separated without reasonable hope of reconciliation, the rule should not be applied in this case.

Galligan J.A. began by noting that while the rule of spousal incompetence has been subject to much criticism, its continuing existence has been recognized by at least two recent Ontario Court of Appeal judgments. The only remaining rationale for the rule is that it supports marital harmony. Given that there is no marital harmony to preserve if spouses are separated without reasonable hope of reconciliation, Galligan J.A. concluded that there is no sound policy reason to apply the rule in this case.

Galligan J.A. cited the judgment of McLachlin J. in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, as support for the proposition that the courts may, in limited circumstances, change a rule of the common law. Acknowledging that such changes should be slow and incremental, Galligan J.A. concluded that the change proposed to the rule against spousal competence was a small step beyond the change to the common law already effected in *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and in *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (N.S.S.C., App. Div.), of dissolving spousal immunity on divorce.

On the appeal from sentence, considering the facts that the accused had no previous record and that the pre-sentence report was a favourable one, Galligan J.A. varied the sentence from one year's imprisonment to a sentence of time already served.

pel quant à la sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (ci-après cité au C.C.C.). Les juges Galligan et Blair ont chacun rédigé des motifs concordants, le juge Carthy étant dissident.

### (1) Les motifs du juge Galligan

Le juge Galligan conclut que, puisqu'il n'y a aucune raison valable d'appliquer la règle de l'inabilité du conjoint dans un cas de séparation des époux sans espoir raisonnable de réconciliation, cette règle ne doit pas s'appliquer en l'espèce.

Le juge Galligan fait d'abord observer que, malgré les nombreuses critiques dirigées contre la règle de l'inabilité du conjoint, sa survivance a été reconnue dans au moins deux arrêts récents de la Cour d'appel de l'Ontario. La seule justification encore invoquée à l'appui de cette règle est qu'elle favorise l'harmonie conjugale. Or, étant donné qu'il n'y a aucune harmonie conjugale à préserver si les conjoints sont séparés sans espoir raisonnable de réconciliation, le juge Galligan conclut qu'aucune raison valable ne justifie l'application de la règle en l'espèce.

Le juge Galligan cite le jugement du juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à l'appui de la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent, dans des cas limités, modifier une règle de common law. Tout en reconnaissant que de tels changements doivent se faire lentement et progressivement, le juge Galligan conclut que la modification proposée à la règle de l'inabilité du conjoint à témoigner n'est qu'un petit pas au-delà de la modification de la common law résultant des arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.) et *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (C.S.N.É., Div. app.), et portant dissolution de l'immunité conjugale en cas de divorce.

Quant à l'appel de la sentence, le juge Galligan, tenant compte du fait que l'accusé ne possédait pas d'antécédents judiciaires et que le rapport présententiel lui était favorable, substitue à la peine d'un an d'emprisonnement une peine correspondant à la période déjà purgée.

(2) Reasons of Blair J.A.

In a comprehensive judgment, Blair J.A. examined in detail the rationale for the common law rule, the evolution of the rule, the effects of legislative intervention, and the principles governing judicial changes to the common law. In the end, he concurred with his colleague Galligan J.A., and dismissed the appeal.

Blair J.A. found that the only policy rationale for the rule that survives is that the rule preserves marital harmony and he characterized this rationalization as unrealistic where spouses have separated. He cited at p. 354 the following passage from *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984):

(F)amily harmony is nearly always past saving when the spouse is willing to aid the prosecution. The privilege is an archaic survival of mystical religious dogma and of a way of thinking about the marital relation that is today outmoded.

Blair J.A. noted that the traditional exceptions to the common law rule have been expanded, and the scope of the rule restricted, by both s. 4 of the *Canada Evidence Act*, and recent judicial decisions. In *R. v. Czips* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (Ont. C.A.), and in *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (B.C.C.A.), the courts held that a spouse is competent and compellable even if the charge does not allege that the accused spouse had threatened the person, liberty or health of the other spouse, provided the evidence discloses such a threat. This result was the opposite to that which had been arrived at in England. Similarly, in *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that a wife was competent to testify against her husband accused of assault against a child of the marriage, adopting the earlier decision of Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

In *R. v. Bailey*, *supra*, the Ontario Court of Appeal refused to follow the English Court of Criminal Appeal's decision in *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, following instead the Nova Scotia Court of Appeal in *Marchand*, *supra*, and held that a divorced spouse was competent to testify against the other divorced

(2) Les motifs du juge Blair

Dans des motifs détaillés, le juge Blair analyse le fondement et l'évolution de la règle de common law, les effets de l'intervention législative et les principes régissant les changements judiciaires à la common law. En fin de compte, souscrivant aux motifs de son collègue Galligan, il rejette l'appel.

b

Le juge Blair conclut que le seul fondement rationnel encore invoqué à l'appui de cette règle est qu'elle préserve l'harmonie conjugale, rationalisation qu'il qualifie d'irréaliste lorsque les conjoints sont séparés. Le juge cite, à la p. 354, le passage suivant de *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984):

[TRADUCTION] (L')harmonie familiale est presque toujours chose du passé lorsque le conjoint est prêt à aider la poursuite. Le privilège est une survivance archaïque de la mystique religieuse et d'une façon d'envisager la relation conjugale qui est aujourd'hui dépassée.

Le juge Blair souligne que les exceptions traditionnelles à la règle de common law ont été élargies et que la portée de la règle a été restreinte, tant par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* que par la jurisprudence récente. Ainsi, les arrêts *R. v. Czips* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (C.A. Ont.) et *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (C.A.C.-B.), ont décidé qu'un conjoint est habile et contraignable même s'il n'est pas allégué dans l'accusation que le conjoint accusé a menacé la personne, la liberté ou la santé de son conjoint, pourvu que l'existence d'une telle menace ressorte de la preuve. Ce résultat est contraire à celui auquel on est arrivé en Angleterre. De même, dans l'arrêt *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu qu'une femme était habile à témoigner contre son mari accusé de voies de fait sur un enfant issu du mariage, appliquant en cela la décision antérieure du juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

i

Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de suivre l'arrêt de la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, suivant plutôt l'arrêt *Marchand*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et elle a conclu qu'un conjoint divorcé était habile à témoi-

j

spouse. Both the Ontario and Nova Scotia decisions looked to the underlying policy justification for the rule — the preservation of marital harmony — in arriving at their results.

Blair J.A. also observed that the common law rule of spousal incompetence is in need of legislative reform (at p. 357):

The present common law rule governing spousal testimony in criminal cases is almost universally recognized as archaic, anomalous and inconsistent with the factual and legal position of spouses in modern society. It cries out for comprehensive legislative reform. . . .

Blair J.A. then reviewed the history of legislative changes to the statutory scheme in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. He concluded that the section has not been materially altered since 1906. The changes made to s. 4 have been peripheral (at p. 359):

Viewed in their proper context, it is clear that the amendments to s. 4 of the Act in this century do not have the sweeping effect attributed to them by Carthy J.A. The amendments were not made as parts of a comprehensive revision of the Act and the common law rule and its exceptions such as that recommended by the law reform reports referred to above. The amendments, on the contrary, were peripheral and largely consequential to amendments to the *Code*. They were made without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case. It is unrealistic to suggest that, when making these amendments, Parliament directed its mind to all the ramifications of the common law rule and its exceptions.

Blair J.A. also considered the role of the courts in effecting changes to the common law. In advancing the proposed change to the rule of spousal incompetence, Blair J.A. agreed with Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara, supra*, that it was significant that the court was not being asked to abolish a rule of the common law, but to extend it. There are in fact no judicial decisions binding on the court holding that separated spouses are incompetent witnesses against

gner contre son ex-conjoint. Pour en arriver à ce résultat, les cours de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse ont toutes deux examiné la justification sous-tendant la règle, soit la préservation de l'harmonie conjugale.

Le juge Blair fait également observer que la règle de common law relative à l'inabilité du conjoint a besoin d'une réforme législative (à la p. 357):

[TRADUCTION] La règle de common law actuelle concernant le témoignage du conjoint dans les affaires criminelles est presque universellement considérée comme archaïque, anormale et incompatible avec la situation des conjoints, en droit et en fait, dans la société moderne. Elle commande une réforme législative en profondeur. . . .

Le juge Blair ensuite passe en revue l'historique des modifications législatives de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en conclut que cet article n'a pas été modifié de manière substantielle depuis 1906, les changements apportés n'étant que marginaux (à la p. 359):

[TRADUCTION] Lorsqu'on les replace dans leur contexte, il est clair que les modifications apportées au cours de ce siècle à l'art. 4 de la Loi n'ont pas eu l'ampleur que leur attribue le juge Carthy. Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions.

Le juge Blair s'est également penché sur le rôle des tribunaux dans le processus de modification de la common law. En présentant le changement proposé à la règle de l'inabilité du conjoint, le juge Blair s'est rangé à l'opinion qu'avait exprimée le juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara*, précitée, et selon laquelle il fallait souligner que la cour n'était pas appelée à abolir une règle de common law, mais plutôt à en étendre la portée. De fait, la cour

one another. Furthermore, the difficulties for courts in appreciating economic and policy issues, recognized by McLachlin J. in *Watkins, supra*, are not relevant in this case, because the change is not a dramatic one (at p. 361):

None of these practical impediments exist in the present case. This court, on the basis of the material before it, is quite capable of deciding that the extension of the exception to the common law rule of spousal testimonial incompetency of permanently and irrevocably separated spouses will operate beneficially to protect their interests and will conform with the realities of the present age. The extension of the exception in this case to separated spouses, whose legal status has been recognized by statute, flows naturally from our extension of the rule to divorced persons in *Bailey*. . .

Blair J.A. therefore dismissed the appeal and concurred in the disposition on sentence proposed by Galligan J.A.

### (3) Dissenting Reasons of Carthy J.A.

Carthy J.A. agreed with his two colleagues that the common law rule of spousal incompetence is anachronistic and inappropriate for application to the facts of this particular case. He dissented on the grounds that Parliament has legislated and so given implicit recognition to the common law rule.

Carthy J.A. noted that the fact that Parliament has created specific statutory exceptions to the common law rule, "leaves no doubt that Parliament scrutinized the issue with knowledge and recognition of the limitations of the common law rule and exception" (p. 364). Carthy J.A. noted in particular the combined effect of s. 329 of the *Code* and s. 4(2) of the *Canada Evidence Act* as evidence that Parliament turned its mind expressly to the separation of spouses.

Carthy J.A. also noted that, while the effect of the decisions in *Bailey* and *Marchand, supra*, which created an exception to the rule for divorced spouses, was to harmonize the rule with the scope of the privi-

n'est liée par aucune décision portant que les conjoints séparés sont inhabiles à témoigner l'un contre l'autre. Au surplus, les difficultés que pose aux tribunaux l'appréciation des questions économiques et politiques, et dont faisait état le juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins*, précité, ne sont pas pertinentes en l'espèce, parce que le changement n'est pas radical (à la p. 361):

*b* [TRADUCTION] Aucun de ces obstacles pratiques n'existe en l'espèce. Sur le fondement des documents qui lui ont été soumis, notre cour est capable de déterminer que l'extension de l'exception à la règle de common law concernant l'inhabitabilité à témoigner de conjoints séparés de façon permanente et irréversible servira à protéger leurs intérêts et sera conforme aux réalités d'aujourd'hui. En l'espèce, l'extension de l'exception à des conjoints séparés, dont le statut est reconnu par la loi, découle naturellement de l'extension déjà apportée dans l'arrêt *Bailey*, dans le cas de personnes divorcées. . .

*c* Le juge Blair rejette donc l'appel et souscrit au dispositif concernant la sentence proposé par le juge Galligan.

### (3) Les motifs dissidents du juge Carthy

*f* *g* Le juge Carthy, comme ses deux collègues, estime que la règle de common law concernant l'inhabitabilité du conjoint à témoigner est anachronique et peu appropriée vu les faits de l'espèce. Sa dissidence tient à ce que le Parlement a légiféré et, de ce fait, implicitement reconnu cette règle.

*h* Le juge Carthy souligne que, puisque le Parlement a créé des exceptions précises à la règle de common law, [TRADUCTION] «il est clair que le Parlement a minutieusement examiné la question en ayant à l'esprit et en reconnaissant les limites de la règle et de l'exception» (p. 364). Le juge Carthy souligne en particulier que l'effet conjugué de l'art. 329 du *Code* et du par. 4(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prouve que le Parlement a pris expressément en considération l'hypothèse de la séparation des conjoints.

*j* Le juge Carthy souligne également que bien que les arrêts *Bailey* et *Marchand*, précités, qui ont créé une exception à la règle pour les conjoints divorcés, aient eu pour effet d'harmoniser la règle avec le pri-

lege for marital communications, the proposed change would conflict with the legislative scheme by creating inconsistencies with s. 4(2) and (4) of the *Canada Evidence Act*, which make the "wife or husband" of a person charged with certain offences competent and compellable. These sections refer simply to "wife or husband" and not to a "separated" wife or husband. As a result, Carthy J.A. argued that, "[i]ncompetence under the common law rule would be for a more restricted period than the exceptions recited in s. 4(2) and (4) [of the *Canada Evidence Act*]" (p. 365).

Carthy J.A. also pointed to the fact that the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, encourages reconciliation until trial, in ss. 7 and 8. Carthy J.A. took this to mean that Parliament has emphasized that marriage lasts until divorce.

In the result, Carthy J.A. would have allowed the appeal and quashed the conviction.

#### IV. Issue

The only issue which arises in this appeal is the following:

Is the spouse of an accused a competent witness for the prosecution if he or she is separated from the accused without any reasonable possibility of reconciliation?

#### V. Analysis

I say at the outset that I would dismiss the appeal. In arriving at this result, I have considered three issues: the appropriate limits on the power of judges to change the common law, the policy rationale for the common law rule making a spouse (including an irreconcilably separated one) an incompetent witness, and whether it is appropriate to make the proposed change to the common law given the pattern of legislation that exists. I conclude that judges do have the power to make some changes to the common law, that there are sound policy reasons for making the proposed change in this case, and that the pattern of legislation does not indicate a contrary parliamentary

vile des communications conjugales, le changement proposé serait contraire à l'économie de la loi car il créerait une incompatibilité avec les par. 4(2) et (4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels font du «conjoint» de la personne accusée de certaines infractions un témoin habile et contraignable. Dans ces paragraphes, il est question uniquement du «conjoint» et non du conjoint «séparé». Il en résulte, selon le juge Carthy, que [TRADUCTION] «[l']inhabitabilité suivant la règle de common law serait valable pour une période plus restreinte que les exceptions énumérées aux par. 4(2) et (4) [de la *Loi sur la preuve au Canada*]» (p. 365).

Le juge Carthy souligne également que les art. 7 et 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, encouragent la réconciliation jusqu'au procès. Selon lui, le Parlement a voulu faire ressortir ainsi que le mariage dure jusqu'au prononcé du divorce.

En conséquence, le juge Carthy était d'avis de rejeter l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité.

#### IV. Question en litige

La seule question en l'espèce est la suivante:

Le conjoint séparé de l'accusé sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation peut-il être témoin à charge contre son conjoint accusé?

#### V. Analyse

Je dirai d'emblée que je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Pour arriver à ce résultat, j'ai examiné trois questions: les limites à imposer au pouvoir des juges de changer la common law, le fondement de la règle de common law faisant du conjoint (y compris celui dont la séparation est irrémédiable) un témoin inhabile, et enfin l'opportunité d'apporter le changement proposé compte tenu de l'économie de la législation actuelle. Je conclus que les juges ont effectivement le pouvoir de modifier la common law, qu'il existe de solides raisons de faire le changement proposé en l'espèce et qu'on ne peut dégager de l'économie de la loi l'intention parlementaire contraire de préserver la

intention to preserve the common law rule. I shall now discuss each of these conclusions in turn.

*A. What Are the Limits on the Power of Judges to Change the Common Law?*

(1) Introduction

At one time, it was accepted that it was the role of judges to discover the common law, not to change it. In Book One of his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Sir William Blackstone propounded a view of the common law as fixed and unchanging, at p. 69:

For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments, he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.

However, Blackstone's static model of the common law has gradually been supplanted by a more dynamic view. This Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions. Prior to the abolition of appeals to the Privy Council in 1949, this Court considered itself bound by its own prior decisions: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516. However, since 1949, this Court has been prepared to overturn its own decisions in appropriate cases: see, for example, *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212, *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212, at pp. 219-20, and *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527. I note that similar developments have occurred in England. In 1966, the House of Lords issued a practice statement which reversed its long-standing practice of treating its own

règle de common law. Je me propose maintenant d'examiner séparément chacun de ces points.

*A. Quelles sont les limites au pouvoir des juges de modifier la common law?*

(1) Introduction

À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier. Dans le Livre premier de ses *Commentaries on the Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1770), sir William Blackstone a exposé, à la p. 69, sa conception d'une common law fixe et immuable:

Car c'est une règle établie, de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se représentent; tant pour maintenir ferme et égale la balance de la justice, et l'empêcher de se mouvoir en divers sens avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, parce que la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente, qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui succéderont d'altérer ou de faire dévier, conformément à sa propre opinion; puisqu'il s'engage par serment à décider, non d'après son propre jugement particulier, mais en conformité des lois et coutumes du pays, sa mission étant de maintenir et de faire connaître l'ancienne loi, et non d'en prononcer une nouvelle.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, aux pp. 104 et 105.)

Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone. Notre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire. Avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, notre Cour s'estimait liée par sa propre jurisprudence: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516. Depuis 1949 toutefois, elle s'est montrée prête à infirmer ses propres arrêts quand les circonstances l'exigeaient: voir par exemple *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212, *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220, et *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527. Soulignons qu'une évolution semblable est survenue en Angleterre. En 1966, renonçant à une pratique séculaire, la Chambre des lords a déclaré que, désormais, elle ne

prior decisions as binding in every case. In *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, the court recognised that rigidly adhering to precedent could interfere with the proper development of the law (at p. 1234):

Their Lordships . . . recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

The High Court of Australia has adopted a similarly flexible approach to the common law in the wake of the abolition of appeals to the Privy Council in 1975: see *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

## (2) Limits on the Power of the Courts to Change the Common Law

In keeping with these developments, this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large. In four recent cases, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, *Watkins v. Olafson*, *supra*, *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court has laid down guidelines for the exercise of the power to develop the common law. The common theme of these cases is that, while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, the courts can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society. However, a brief review of these cases is warranted.

The issue in *Ares, supra*, was whether it was appropriate to create a new exception to the hearsay rule for hospital records. Speaking for the Court, Hall J. adopted the reasons of Lord Donovan in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, and accepted that the proposed new exception was required in consequence of changes in the business environment which could not have been foreseen at the time the hearsay rule was being developed. Hall J.

s'estimerait plus liée, dans chaque cas, par la règle du précédent. Dans *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, la cour a reconnu que l'adhésion rigide à cette règle pouvait entraver l'évolution normale du droit (à la p. 1234) :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries [...] reconnaissent qu'une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l'évolution normale du droit. Elles proposent, par conséquent, de modifier leur pratique actuelle et, tout en continuant de se considérer normalement liées par les décisions antérieures de cette Chambre, de s'en écarter lorsqu'il convient de le faire.

La Haute Cour de l'Australie a adopté la même attitude souple à l'égard de la common law, à la faveur de l'abolition des appels au Conseil privé en 1975: voir *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

## (2) Les limites au pouvoir des tribunaux de modifier la common law

En conformité avec cette évolution, notre Cour a manifesté sa volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général. Dans quatre arrêts récents, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, *Watkins c. Olafson*, précité, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a énoncé des principes régissant l'exercice du pouvoir de faire évoluer la common law. Ces arrêts ont un thème en commun, savoir que s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux. Il convient, toutefois, d'examiner brièvement ces arrêts.

Dans l'arrêt *Ares*, précité, il fallait déterminer s'il y avait lieu de créer une nouvelle exception à la règle du ouï-dire pour les dossiers d'hôpitaux. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Hall a fait siens les motifs de lord Donovan dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, et a convenu que la nouvelle exception proposée s'imposait en raison des changements survenus dans les entreprises, lesquels étaient imprévisibles à l'époque

rejected the argument that changes to the common law can only be made by Parliament. In support of his decision making hospital records admissible under a new exception to the hearsay rule, Hall J. quoted the following passage from the reasons of Lord Donovan in *Myers* at p. 1047:

The common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds. Particularly is this so in the field of procedural law.

Hall J. followed the minority in *Myers*. However, the majority in *Myers* was not of the opinion that the courts should never change common law rules, but only of the view that a change was not appropriate under the circumstances of the case. In the words of Lord Reid, at p. 1021:

I have never taken a narrow view of the functions of this House as an appellate tribunal. The common law must be developed to meet changing economic conditions and habits of thought, and I would not be deterred by expressions of opinion in this House in old cases. But there are limits to what we can or should do. If we are to extend the law it must be by the development and application of fundamental principles. We cannot introduce arbitrary conditions or limitations: that must be left to legislation.

The more recent decision of this Court in *Watkins v. Olafson, supra*, provides some indication of the proper limits on the power of the judiciary to change existing law. At issue was an award of damages in a tort action. The Manitoba Court of Appeal had set aside a lump sum payment for future care and substituted periodic payments. Also questioned in the appeal to this Court was the appropriateness of the "gross-up" for taxation allowed by the trial judge.

McLachlin J. reinstated the lump sum payment awarded by the trial judge, on the grounds that the change made to the law by the Court of Appeal was the kind of major revision which should properly be

où la règle du ouï-dire avait été formulée. Le juge Hall a rejeté l'argument suivant lequel seul le Parlement pouvait changer la common law. À l'appui de sa décision de déclarer recevables les dossiers de l'hôpital, en vertu d'une nouvelle exception à la règle du ouï-dire, le juge Hall a cité le passage suivant des motifs de lord Donovan dans *Myers*, à la p. 1047:

[TRADUCTION] Ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la procédure.

Le juge Hall a suivi l'opinion minoritaire exprimée dans l'arrêt *Myers*. Du reste, la majorité des juges dans cet arrêt n'étaient pas d'avis que les tribunaux ne devaient jamais modifier les règles de common law, mais simplement qu'un changement n'était pas approprié en l'espèce. Selon lord Reid, à la p. 1021:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais eu une conception étroite des fonctions de cette Chambre comme tribunal d'appel. Une évolution de la common law s'impose pour parer aux changements dans le domaine économique et dans les mentalités des gens, et je ne m'en laisserais pas détourner par les opinions exprimées en cette Chambre dans le passé. Mais nos pouvoirs et nos devoirs ont des limites. Si nous devons apporter un élargissement à la loi, il nous faut y arriver par le développement et l'application de principes fondamentaux. Nous ne pouvons introduire des conditions ou restrictions arbitraires; cela doit être laissé au législateur.

Dans un arrêt plus récent, *Watkins c. Olafson*, précité, notre Cour fournit des indications quant aux limites à apporter au pouvoir judiciaire de changer le droit existant. Le litige dans cette affaire concernait l'adjudication de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé le paiement d'une somme forfaitaire pour soins futurs et lui avait substitué des versements périodiques. Était également en question devant notre Cour le bien-fondé de la «majoration» de l'indemnité pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Le juge McLachlin a rétabli le paiement de la somme forfaitaire adjugée par le juge de première instance, en faisant valoir que le changement apporté par la Cour d'appel était du genre qu'il convenait de

left to the legislature. She held that the courts should not effect major changes to the law with complex ramifications (at pp. 760-61):

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision

laisser au législateur. Elle estimait que les tribunaux devaient s'abstenir d'apporter des modifications majeures susceptibles d'avoir des ramifications complexes (aux pp. 760 et 761):

<sup>a</sup> Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

<sup>d</sup> Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principes qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

<sup>j</sup> Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des

is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

McLachlin J. identified a number of major difficulties with periodic payments which courts would have difficulty responding to, including the fact that legal obligations between the parties would not be finally resolved and would require supervision, presumably through repeated court appearances.

McLachlin J. came to the opposite conclusion on the issue of "gross-up" for taxation of the award. She noted that the jurisprudence on the issue was recent and unsettled, in spite of an earlier Supreme Court decision in which this Court had declined to consider the impact of taxation on the award for future care, namely *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229. She also noted that there were strong policy reasons for taking the impact of taxation into account, in that an award would not be fair to the plaintiff if taxation were not considered in calculating the amount of the award. As well, calculating the amount of the award that would be lost to tax would not present any great difficulty. For these reasons, McLachlin J. concluded that this was the kind of incremental change that the courts can and should make to the common law, and she therefore upheld the "gross-up" for taxation allowed by the trial judge.

In *R. v. Khan, supra*, the Court was called upon to respond to issues similar to those that arose in *Ares v. Venner, supra*. At issue was the admissibility of statements made by a child to an adult concerning sexual abuse. The evidence was inadmissible hearsay according to the law as it then stood. In deciding to create a new exception to the hearsay rule, McLachlin J. adopted a flexible approach to the articulation and development of the hearsay rule (and by implication to the development of the common law in general), grounded in principle and policy as well as in precedent (at p. 540):

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions. . . . While this approach has provided a degree of

ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Le juge McLachlin fait ressortir un certain nombre de difficultés majeures que le mécanisme des versements périodiques pourrait poser aux tribunaux, notamment le fait que les obligations juridiques respectives des parties ne seraient pas déterminées de façon définitive et nécessiteraient une surveillance, probablement par la comparution répétée des parties en cour.

Le juge McLachlin est arrivée à la conclusion opposée sur la question de la «majoration» de l'indemnité pour fins d'impôt. Elle a fait observer que la jurisprudence sur ce point était récente et incertaine, malgré un arrêt antérieur, *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, où notre Cour a refusé de tenir compte de l'effet de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs. Elle a également souligné que de fortes raisons militaient en faveur de la prise en compte de l'effet de l'impôt, car sans cela l'indemnité accordée au demandeur ne serait pas équitable. De plus, le calcul de la partie de l'indemnité prélevée en impôt ne poserait pas de grandes difficultés. Pour ces motifs, le juge McLachlin a conclu que c'était le type de changement progressif que les tribunaux avaient le pouvoir et le devoir d'apporter à la common law, et elle a maintenu en conséquence la «majoration» pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, précité, la Cour devait trancher des questions semblables à celles soulevées dans l'arrêt *Ares c. Venner*, précité. Le litige portait sur la recevabilité des déclarations qu'un enfant avait faites à un adulte au sujet d'une agression sexuelle. La preuve était irrecevable car, dans l'état du droit à ce moment, elle constituait du ouï-dire. En décidant de créer une nouvelle exception à la règle du ouï-dire, le juge McLachlin a adopté, quant à l'articulation et à l'évolution de la règle du ouï-dire (et par voie de conséquence quant à l'évolution de la common law en général), une attitude souple fondée tant sur des considérations de principe que sur la jurisprudence. Elle dit, à la p. 540:

Traditionnellement, la règle du ouï-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions [ . . . ] Bien que cette attitude ait procuré un

certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

Finally, in *R. v. Seaboyer, supra*, McLachlin J. again recognized the power of the courts to change the common law. She recognized that judges may broaden rules of evidence to conform to their sense of justice, at p. 622:

The judges perceived that the rules of evidence were unfairly restricting the right to bring relevant and helpful evidence before the court, thereby undermining the ability of the court to find the truth and do justice. So the courts broadened the rule to conform to their sense of justice by permitting judges convinced of the reliability and trustworthiness of the evidence to admit it despite its failure to conform to the traditional exceptions to the hearsay rule.

### (3) Conclusion

These cases reflect the flexible approach that this Court has taken to the development of the common law. Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins, supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

certain degré de certitude à la règle en matière de ouï-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.

b Enfin, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a de nouveau reconnu le pouvoir des tribunaux de modifier la common law. Elle a reconnu, à la p. 622, que les juges avaient la faculté d'élargir les règles de preuve pour qu'elles répondent c à leur sens de la justice:

d Les juges se sont rendu compte que les règles de preuve restreignaient injustement le droit de produire des éléments de preuve pertinents et utiles et portaient ainsi atteinte à la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice. Les tribunaux ont donc élargi la règle pour répondre à leur sens de la justice en permettant aux juges convaincus de la fiabilité et de l'exactitude d'une preuve de l'admettre même si elle ne relève pas des e exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

### (3) Conclusion

f Ces arrêts témoignent de l'attitude souple que notre Cour a adoptée envers l'évolution de la common law. Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le g pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le h juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait i d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

**B. The Policy of the Rule that a Spouse Is an Incompetent Witness for the Prosecution**

From an examination of the history of the rule making a spouse an incompetent witness for the prosecution, it is apparent that any policy justification which may at one time have existed in support of the rule has now disappeared in the context of divorced or irreconcilably separated spouses. The rule reflects a view of the role of women which is no longer compatible with the importance now given to sexual equality. In particular, the rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness is inconsistent with the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and preserving the rule would be contrary to this Court's duty to see that the common law develops in accordance with the values of the *Charter*.

**(1) The Origins of the Rule in General**

The first clear authority for the rule that a spouse is not a competent witness is Lord Coke's *Institutes of the Laws of England*, originally published in 1628. The rule was initially concerned only with the testimonial incompetence of wives: a wife was an incompetent witness for or against her husband. Lord Coke described the rule as follows (1 Inst. 6b.):

*Note, it hath been resolved by the justices, that a wife cannot be produced either against or for her husband, quia sunt duae animae in carne unâ; and it might be a cause of implacable discord and dissention between the husband and the wife, and a meane of great inconvenience. . . .*

The rule that a wife was an incompetent witness for or against her husband followed naturally from the legal position of a wife at the time. On marriage, a woman lost her independent legal identity. Blackstone, *supra*, described the legal status of a married woman as follows, at p. 442 of Book One:

*By marriage, the husband and wife are one person in law; that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law-french a *feme-covert*, *fæmina viro co-operta*; is said to be *covert*-*

**B. Le fondement de la règle de l'inhabitabilité du conjoint à témoigner pour le poursuivant**

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'inhabitabilité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La conception du rôle de la femme qu'elle véhicule n'est plus compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'inhabitabilité du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs enracinées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la préserver serait contraire au devoir de notre Cour de veiller à ce que la common law évolue en conformité avec ces valeurs.

**(1) Les origines de la règle en général**

Le premier texte établissant clairement la règle que le conjoint est inhabile à témoigner est le traité de lord Coke, *Institutes of the Laws of England*, publié en 1628. À l'origine, la règle ne visait que les épouses: l'épouse était un témoin inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur. Lord Coke l'a ainsi formulée (1 Inst. 6b.):

[TRADUCTION] *Notez que les juges ont statué que le témoignage de la femme ne peut être produit ni contre son mari, ni en sa faveur, quia sunt duae animae in carne unâ; cela pourrait être cause de discorde et de dissension implacables entre le mari et sa femme, et source de grands embarras . . .*

La règle selon laquelle la femme était inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur découlait naturellement de la place juridique qu'elle occupait à cette époque. Du fait du mariage, la femme perdait son identité juridique propre. Blackstone, *op. cit.*, a décrit ainsi, à la p. 442 du Livre premier, le statut juridique de la femme mariée:

Par le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi; c'est-à-dire que l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari, sous la protection, l'abri, le *couver* duquel elle agit en tout point: aussi l'appelle-t-on dans le vieux français de nos lois une *feme-covert*,

*baron*, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or lord; and her condition during her marriage is called her *coverture*.

*fæmina viro co-operta*; on la désigne par l'expression *covert-baron*, comme étant sous la protection et l'influence de son mari, de son *baron* ou seigneur; et son état, pendant le mariage, est appelé (*sic*) sa *coverture*.

<sup>a</sup> (Traduit par Chompré, *op. cit.*, t. 2, à la p. 215.)

The general testimonial incompetence of a wife for or against her husband was accepted in *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141.

L'inhabilité générale de la femme à témoigner pour ou contre son mari a été reconnue dans l'affaire *Lord Audley* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141.

## (2) Justifications for the Rule

Since that time, at least four distinct justifications have been advanced for the rule but only two of these survive today. The most important justification is that the rule protects marital harmony. The danger to marital harmony of making a spouse a competent witness was first mentioned by Lord Coke, and was most recently emphasized in the decision of the Court of Appeal in the case at bar, in *R. v. Bailey, supra*, and in *R. v. Sillars, supra*. A second reason sometimes mentioned is what Wigmore called the "*natural repugnance* to every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other's condemnation" (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, § 2228 (emphasis in original)).

## (2) Justifications de la règle

Depuis lors, au moins quatre justifications différentes ont été avancées à l'appui de la règle dont deux seulement ont survécu jusqu'à nos jours. La plus importante est que la règle protège l'harmonie conjugale. Le danger que présente à cet égard le témoignage du conjoint a été évoqué pour la première fois par lord Coke, et mis en lumière plus récemment dans l'arrêt que la Cour d'appel a prononcé en l'espèce, ainsi que dans les arrêts *R. v. Bailey* et *R. v. Sillars*, précités. La seconde raison parfois mentionnée est ce que Wigmore a appelé [TRADUCTION] «la *repugnance naturelle* qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre» (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, § 2228 (en italique dans l'original)).

The two justifications which have not survived are that a spouse is an incompetent witness because husband and wife are in law a single person (although this justification survived into the eighteenth century), and that husband and wife are disqualified from being witnesses for or against each other because their interests are identical.

The policy grounds supporting the rule have come in for sustained attack. Wigmore scathingly criticizes the variety of inconsistent arguments used to support the rule (at p. 213):

The record of judicial ratiocination defining the grounds and policy of this privilege forms one of the most curious and entertaining chapters of the law of evidence. It is curious because the variety of ingenuity displayed, in the invention of reasons "ex post facto" for a rule so simple and so long accepted, could hardly have been believed but for the recorded utterances. . . . We

Deux justifications n'ont pas survécu, savoir que le conjoint n'est pas habile à témoigner parce que le mari et la femme ne forment en droit qu'une seule personne (conception qui prévalait encore au XVIII<sup>e</sup> siècle), et parce que leurs intérêts sont identiques.

Les principes sous-tendant la règle ont constamment fait l'objet d'attaques. Wigmore fait une critique mordante de l'incohérence des arguments invoqués à son appui (à la p. 213):

[TRADUCTION] Les raisonnements judiciaires utilisés pour définir les fondements de ce privilège forment l'un des chapitres les plus curieux et les plus divertissants du droit de la preuve. Curieux, parce que, n'eût été leur consignation dans les recueils, il aurait été difficile d'imaginer l'ingéniosité déployée dans l'invention de raisons «ex post facto» pour justifier une règle si simple

behold the fantastic spectacle of a fundamental rule of evidence, which had only questionable reasons for existence, surviving nonetheless through two centuries upon the strength of certain artificial dogmas — pronouncements wholly irreconcilable with each other, with the facts of life and with the rule itself, and yet repeatedly invoked, with smug judicial positiveness, like magic formulas to still the specter of forensic doubt.

et si ancienne [...] Nous assistons au spectacle fascinant d'une règle fondamentale de preuve, dont l'existence repose sur des motifs pour le moins contestables, qui survit depuis deux siècles grâce à la force de certains dogmes artificiels — affirmations totalement inconciliables les unes avec les autres, avec les faits de la vie et avec la règle elle-même, mais constamment invoquées, avec toute l'assurance judiciaire, comme des formules magiques servant à dissiper le spectre du doute judiciaire.

b

In the study paper "Competence and Compellability" by the Evidence Project of the Law Reform Commission of Canada, the rule was characterized as more a product of history than the reflection of any clear policy decision:

c

... the rule, rather than the reflection of a clear-cut fundamental policy decision, appears to be simply a product of history. This is confirmed when we note that a fundamental policy decision surely would be based on concern not only for the married couple but for the family unit as a whole, and yet no one has suggested legislation making fathers and sons or mothers and daughters incompetent witnesses for the prosecution against their parents or children.

d

e

f

g

h

i

j

Dans le document préliminaire «L'habilité et la contrainte à témoigner», rédigé par la section de recherche sur le droit de la preuve de la Commission de réforme du droit du Canada, la règle a été qualifiée comme étant davantage un caprice que l'aboutissement d'une décision de principe mûrement réfléchie:

... la règle semble n'être rien d'autre qu'un caprice, au lieu de constituer l'aboutissement d'une décision de principe mûrement réfléchie. D'ailleurs, et cela confirme bien notre point de vue, si la règle découlait d'une décision rationnelle et fondamentale, elle ne s'appliquerait pas uniquement au couple, mais à la cellule familiale tout entière. Et pourtant, personne n'a proposé l'adoption d'une législation rendant le père et le fils ou la mère et la fille inhabiles à rendre témoignage les uns contre les autres pour le compte de la poursuite.

(*La preuve* (1972), document préliminaire n° 1, à la p. 7.)

À mon avis, les raisons d'être de la règle posent une difficulté plus fondamentale. En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson, alors juge puîné, a défini ainsi la liberté, à la p. 336: «La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain.» Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Il n'est pas nécessaire que j'examine la difficile question de savoir comment résoudre ce conflit, car, dans le présent pourvoi, nous avons affaire seulement à des conjoints qui sont

(*Evidence* (1972), Study Paper No. 1, at p. 5.)

There is in my opinion a more fundamental difficulty with the reasons for the rule. The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) defined freedom in this way (at p. 336): "Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person." The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond. It is unnecessary for me to consider the difficult question of how this conflict ought to be resolved, because in this appeal we are concerned

only with spouses who are irreconcilably separated. Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect and we are faced only with a rule which limits the capacity of the individual to testify.

To give paramountcy to the marriage bond over the value of individual choice in cases of irreconcilable separation may have been appropriate in Lord Coke's time, when a woman's legal personality was incorporated in that of her husband on marriage, but it is inappropriate in the age of the *Charter*. As Wilson J. put it in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, the *Charter* requires that individual choices not be restricted unnecessarily.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Through its family and divorce laws, our society has recognized that spouses have the right to seek dissolution of the marriage where relations between them have irrevocably broken down. The recognition that a marriage may be dissolved is reflected in the long history of divorce legislation. Divorce without a special Act of Parliament has been possible in England since the 1857 *Matrimonial Causes Act* (U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85. In Canada, there was a divorce Act as early as 1758 in Nova Scotia and later in other provinces; the first federal divorce Act was the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, later R.S.C. 1970, c. D-8. See "Competence and Compellability", *supra*, at p. 6, and more generally Alastair Bissett-Johnson and David C. Day, *The New Divorce Law* (1986).

Modern divorce Acts explicitly recognize that marriage is a partnership between equally free indi-

separés irrémédiablement. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger et nous nous trouvons en présence seulement d'une règle qui limite l'habilité d'une personne à témoigner.

La prépondérance du lien du mariage sur la valeur du choix individuel dans les cas de séparation irrémédiable était peut-être légitime à l'époque de lord Coke, où la personnalité juridique de la femme était incorporée à celle de son mari lors du mariage, mais elle ne l'est plus à l'ère de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, la *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement:

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Dans ses lois concernant la famille et le divorce, notre société a reconnu que les époux ont le droit de dissoudre le mariage lorsque les liens qui les unissaient sont irrévocablement rompus. Cette reconnaissance de la possibilité de dissolution du mariage résulte de la longue histoire de la législation en matière de divorce. En Angleterre, il a été possible d'obtenir le divorce sans loi spéciale du Parlement depuis la *Matrimonial Causes Act* de 1857 (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85. Au Canada, une loi sur le divorce a été adoptée dès 1758 en Nouvelle-Écosse et plus tard dans d'autres provinces; la première loi fédérale sur le divorce a été la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, plus tard S.R.C. 1970, ch. D-8. Voir «L'habilité et la contrainte à témoigner», *loc. cit.*, aux pp. 7 et 8, et de façon plus générale, Alastair Bissett-Johnson et David. C. Day, *The New Divorce Law* (1986).

Les lois modernes sur le divorce reconnaissent expressément que le mariage est une société entre des

viduals, as this excerpt from the preamble to the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, illustrates:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership . . . .

### (3) Conclusion

The *Charter* has played and will continue to play a central role in defining the legal and social fabric of this country. As the *Charter* is the supreme law of Canada, any legislation or government action or law inconsistent with it is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. But the *Charter* will also be influential even in the absence of legislation or government action. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J. noted at p. 603 that the question of the application of the *Charter* to private litigation

. . . is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law.

This passage was cited with approval by L'Heureux-Dubé J., speaking for the Court in *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184.

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed. The common law rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness for the prosecution against the other spouse is inconsistent with the values in the *Charter*.

personnes également libres, comme en témoigne l'extrait suivant du préambule de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4:

a Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société . . . .

### (3) Conclusion

c La *Charte* joue et continuera à jouer un rôle central dans la définition du tissu juridique et social de notre pays. La *Charte* étant la loi suprême du Canada, elle rend inopérante toute loi, action gouvernementale ou règle de droit incompatible avec elle, dans la mesure de l'incompatibilité. Mais la *Charte* fera également sentir son influence même en l'absence d'une loi ou d'une action gouvernementale. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre a souligné, à la p. 603, que la question de l'application de la *Charte* aux litiges privés

f . . . est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait appliquer et développer les principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enracinées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

g Ce passage est cité et approuvé par le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184.

h i Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs sacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée. Or, la règle de common law qui fait d'un conjoint irrémédiablement séparé un témoin inhabile à témoigner contre l'autre conjoint est incompatible

Subject to consideration of the limits on the judicial role, the rule ought therefore to be changed. Society can have no interest in preserving marital harmony where spouses are irreconcilably separated because there is no marital harmony to be preserved.

The facts of this case do not raise the issue of whether a spouse who is a competent witness for the prosecution will also be compellable. That question is for another day. However, were it necessary to decide this question, the possibility that a competent spouse would be found also to be compellable is a real one, in light of the reasons in *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (Y.T.C.A.), *R. v. Marchand*, *supra*, *R. v. Czipps*, *supra*, and *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201 (Alta. S.C., App. Div.), although I would note that in the U.S., a spouse is a competent but not a compellable witness for the prosecution: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Making a separated spouse a competent witness for the prosecution may ultimately mean that an irreconcilably separated spouse is also compellable at the instance of the prosecution. However, I do not think that should affect the result in this case. I return to the idea of human dignity. The dignity of the person arises not only from the exercise of rights such as the freedom to choose, but also, and just as importantly, from the assumption of the responsibilities that naturally flow from participation in the life of the community. At the level of principle, it is just as much a denial of the dignity of an irreconcilably separated spouse to exempt the spouse from the responsibility to testify because of his or her status as it is a denial of the spouse's dignity to deny his or her capacity to testify. This is all the more true where historically it has been women who have been unable to testify.

Concerns were raised before us that making an irreconcilably separated spouse a competent witness would increase the risk of violence to women. Violence against women is a very grave problem in our society, and any possibility of an increase in the risk of violence must be taken most seriously. But I find it

avec les valeurs de la *Charte*. Sous réserve des limites du rôle du judiciaire, la règle doit donc être modifiée. La société n'a aucun intérêt à préserver l'harmonie conjugale lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement puisqu'il n'y a plus d'harmonie conjugale à préserver.

Les faits de l'espèce ne soulèvent pas la question de savoir si une personne qui est habile à témoigner contre son conjoint sera également contraignable. Cette question ne se pose pas aujourd'hui. Toutefois, s'il fallait trancher cette question, la possibilité que le conjoint habile à témoigner soit considéré également comme contraignable constituerait une véritable question, compte tenu des motifs rédigés dans les arrêts *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (C.A. Yuk.), *R. v. Marchand*, précité, *R. v. Czipps*, précité, et *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201 (C.S. Alb., Div. app.), bien que je doive faire remarquer que, aux États-Unis, le conjoint est habile à témoigner pour le poursuivant mais n'est pas contraignable: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte vouloir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant. Cependant, je ne crois pas que cela doive influer sur l'issue de la présente affaire. Je reviens à la notion de dignité humaine. La dignité de la personne humaine dépend non seulement de l'exercice de droits tels que la liberté de choisir mais également, et cela est tout aussi important, de la possibilité d'assumer des responsabilités qui découlent de la participation à la vie de la communauté. Au niveau du principe, c'est tout autant une dénégation de la dignité du conjoint séparé irrémédiablement de le dispenser de la responsabilité de témoigner en raison de son statut que c'en est une de le priver de sa capacité de témoigner. Cela est d'autant plus vrai lorsque historiquement ce sont les femmes qui ont été empêchées de témoigner.

On s'est inquiété devant nous du fait que rendre le conjoint séparé irrémédiablement habile à témoigner augmenterait le risque de violence à l'égard des femmes. La violence contre les femmes est un problème très grave dans notre société, et il faut considérer très sérieusement toute augmentation possible du

difficult to accept that the proper response to the threat of violence is to limit the capacity of women in the hope that preventing women from testifying will decrease the risk of violence against them. If our expectations for a society founded on respect for the dignity of the human person are to have meaning, we must encourage and protect everyone in the exercise of their rights and responsibilities as equal members of our society. Furthermore, if a competent spouse is also compellable, I would note that McLachlin J.A. (as she then was) suggested in *McGinty, supra*, at p. 60, that making a spouse compellable may in fact reduce the risk of violence by giving the spouse no choice but to testify. The same argument was made by the Evidence Project of the Law Reform Commission of Canada in their study paper "Competence and Compellability", *supra*, at pp. 6-7.

Moreover, if I were to accept the argument that a separated spouse ought not to be competent to testify because of the possibility of violence, I cannot see how I could resist the argument that the same principle should be applied to divorced spouses. The difference between irreconcilable separation and divorce may have significance *de jure*, but it has no significance *de facto*: irreconcilable separation is tantamount to divorce. The conclusion that a divorced spouse should not be a competent witness because of his or her former marital status is contrary to common sense, and has been rejected in a number of cases, including *R. v. Bailey*, *R. v. Marchand* and *R. v. Algar*, *supra*. However, I would repeat that the question of compellability is not raised on this appeal.

#### *C. Should the Common Law Rule Be Changed?*

Absent parliamentary intervention, I would conclude that changing the common law rule to make spouses who are irreconcilably separated competent witnesses for the prosecution would be appropriate. Although the principles upon which this change is based would appear to favour abolishing the rule entirely and making all spouses competent witnesses under all circumstances, policy considerations and uncertainty as to the consequences of such a change

risque de violence. Mais je trouve difficile d'admettre que la réponse correcte à la menace de violence consiste à limiter la capacité des femmes dans l'espoir que le fait d'empêcher les femmes de témoigner atténuera le risque de violence contre elles. Si nos attentes à l'égard d'une société fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine doivent avoir un sens, nous devons encourager et protéger toutes les personnes, dans l'exercice de leurs droits et de leurs responsabilités en tant que membres égaux de notre société. En outre, si le conjoint habile à témoigner est également contraignable, je soulignerais que le juge McLachlin (alors juge de la Cour d'appel) a indiqué dans l'arrêt *McGinty*, précité, à la p. 60, que rendre le conjoint contraignable peut en fait atténuer le risque de violence, car le conjoint n'a alors d'autre choix que de témoigner. Le même argument a été avancé par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document préliminaire «L'habilité et la contrainte à témoigner», *loc. cit.*, aux pp. 8 et 9.

De plus, si je devais admettre l'argument selon lequel le conjoint séparé ne doit pas être habile à témoigner à cause de la violence possible, je ne vois pas comment je pourrais m'opposer à l'argument selon lequel le même principe devrait s'appliquer aux conjoints divorcés. La différence entre la séparation irrémédiable et le divorce peut avoir une importance en droit, mais elle n'en a pas dans les faits: la séparation irrémédiable équivaut au divorce. La conclusion selon laquelle le conjoint divorcé serait inhabile à témoigner en raison de son statut matrimonial antérieur est contraire au bon sens et a été rejetée dans un certain nombre d'arrêts, y compris *R. v. Bailey*, *R. v. Marchand* et *R. v. Algar*, précités. Cependant, je tiens à répéter que la question de la contraignabilité n'est pas soulevée en l'espèce.

#### *C. Y a-t-il lieu de modifier la règle de common law?*

À défaut d'intervention parlementaire, je conclus qu'il convient de modifier la règle de common law de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable habiles à témoigner pour le poursuivant. Bien que les principes qui fondent cette modification semblent militer en faveur de l'abolition complète de la règle et de la reconnaissance de l'habilité du conjoint à témoigner dans toutes les circonstances, certaines considérations de principe et l'incertitude quant aux

suggest that a more cautious approach is appropriate. The parties before us did not argue for such a change, and in my opinion a far-reaching change of this kind is best left to the legislature. However, expanding the exceptions to the common law rule to include irreconcilably separated spouses is precisely the kind of incremental change which the courts can and should make. The courts are the custodians of the common law, and it is their duty to see that the common law reflects the emerging needs and values of our society.

In argument before us, the appellant contended, following the dissenting reasons of Carthy J.A. in the Court of Appeal below, that the pattern of legislation in the *Canada Evidence Act* shows a parliamentary intention to retain the common law rule as it presently stands. The appellant also argued that there would be difficulties in implementing the proposed new exception to the common law rule. I propose to deal with these arguments briefly.

#### (1) Pattern of Legislation

As I understand it, the argument is that the various amendments which have been made to s. 4 of the *Canada Evidence Act* since 1906 indicate that Parliament has turned its mind to the common law rule making a spouse an incompetent witness, and that the rule has therefore been effectively ratified. With respect, I must disagree. I do not propose to recount the history of the amendments to the *Canada Evidence Act* in detail but prefer to adopt the following excerpt from the reasons of Blair J.A. in the Court of Appeal (at pp. 358-59):

With respect, I cannot agree with my brother Carthy that the amendments made to the Act since 1906 were enacted after careful scrutiny by Parliament acting with full knowledge of the common law rule and its exceptions. . . .

. . . The amendments were not made as parts of a comprehensive revision of the Act and the common law rule and its exceptions such as that recommended by the law reform reports referred to above. The amendments, on the contrary, were peripheral and largely consequential to amendments to the *Code*. They were made without any recorded consideration of the scope of the common

conséquences d'un tel changement dictent une approche plus prudente. Les parties au pourvoi n'ont pas demandé un tel changement et, à mon avis, il est préférable de laisser au législateur une modification de cette ampleur. Cependant, étendre les exceptions à la règle de common law de manière à y inclure les conjoints dont la séparation est irrémédiable est précisément le genre de changement progressif que les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de faire. Les tribunaux sont les gardiens de la common law et il leur incombe de veiller à ce qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs de notre société.

Dans sa plaidoirie en notre Cour, l'appelant a soutenu, suivant les motifs dissidents du juge Carthy de la Cour d'appel, que l'économie de la *Loi sur la preuve au Canada* traduit l'intention du Parlement de conserver la règle de common law dans son état actuel. L'appelant a également fait valoir que la nouvelle exception proposée poserait des difficultés d'application. Je me propose d'examiner brièvement ces arguments.

#### (1) L'économie de la loi

Si j'ai bien compris, on soutient que les diverses modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* depuis 1906 indiquent que le Parlement a étudié la règle de common law consacrant l'inabilité du conjoint à témoigner, et que cette règle a donc été effectivement ratifiée. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Au lieu de refaire en détail l'historique des modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, je préfère reprendre l'extrait suivant des motifs du juge Blair de la Cour d'appel (aux pp. 358 et 359):

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis partager l'opinion de mon collègue le juge Carthy selon laquelle les modifications apportées à la Loi depuis 1906 l'ont été après examen minutieux fait par le Parlement agissant en pleine connaissance de la règle de common law et de ses exceptions . . .

. . . Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient

law rule and the issues raised in this case. It is unrealistic to suggest that, when making these amendments, Parliament directed its mind to all the ramifications of the common law rule and its exceptions. The most that can be deduced from any of the amendments made to the Act is that Parliament was not presented with any other proposals for change at the time they were passed.

## (2) Difficulties of Implementation

The appellant argued before us that determining if there is a reasonable possibility of reconciliation between spouses will be a difficult task for the courts. Since the determination is necessarily entirely subjective, it will be the spouse offered as a witness by the prosecution who will effectively determine if there is in fact a reasonable possibility of reconciliation.

I must reject this argument out of hand. Courts are daily called upon to make subjective determinations such as the existence of a reasonable possibility of reconciliation. To take one example, under s. 10 of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), a court is required to "satisfy itself that there is no possibility of the reconciliation of the spouses, unless the circumstances of the case are of such a nature that it would clearly not be appropriate to do so". Our legal system turns on the ability of judges to make such subjective determinations, and I have every confidence in the ability of trial judges to make them.

## D. Conclusion

I would conclude that in appropriate cases, judges can and should change the common law. This is such a case. The common law should be the servant of society. While there are changes to the common law that are best left to the legislature, the change made by the Court of Appeal in the present case to the rule that a spouse is an incompetent witness for the prosecution is not an example of such a change.

## VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions. Le plus qu'on puisse déduire des modifications apportées à la Loi, c'est que le Parlement n'avait pas reçu, à l'époque, d'autres propositions de modifications.

## (2) Les difficultés d'application

L'appelant a fait valoir qu'il sera difficile pour les tribunaux de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable de réconciliation entre les conjoints. Une telle décision étant nécessairement de nature subjective, ce sera le conjoint appelé à témoigner par le poursuivant qui déterminera en réalité s'il y existe en fait une possibilité raisonnable de réconciliation.

Je dois rejeter d'emblée cet argument. Les tribunaux sont appelés chaque jour à porter des jugements subjectifs, notamment quant à l'existence d'une possibilité raisonnable de réconciliation. Pour ne prendre qu'un exemple, en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), le tribunal est tenu, «[s]auf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce, [...] de s'assurer qu'il n'y a pas de possibilités de réconciliation». Notre système juridique repose sur la capacité des juges de prendre ce genre de décisions subjectives, et j'ai pleine confiance en la capacité des juges de première instance à cet égard.

## D. Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que, lorsque les circonstances s'y prêtent, les juges peuvent et doivent changer la common law. C'est le cas en l'espèce. La common law doit être au service de la société. Bien qu'il soit préférable de laisser certaines modifications de la common law au législateur, la modification que la Cour d'appel a apportée en l'espèce à la règle voulant que le conjoint soit inhabile à témoigner pour le poursuivant n'est pas une modification de ce genre.

## VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg  
and Buhr, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg  
et Buhr, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General  
for Ontario, Toronto.*

<sup>a</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général de  
l'Ontario, Toronto.*