

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law** *Appellant*

v.

**Attorney General in Right of
Canada** *Respondent*

and

**Focus on the Family (Canada) Association,
Canada Family Action Coalition, Home
School Legal Defence Association of Canada
and REAL Women of Canada, together
forming the Coalition for Family Autonomy,
Canadian Teachers' Federation, Ontario
Association of Children's Aid Societies,
Commission des droits de la personne et des
droits de la jeunesse, on its own behalf and
on behalf of Conseil canadien des organismes
provinciaux de défense des droits des enfants
et des jeunes, and Child Welfare League of
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN FOUNDATION FOR
CHILDREN, YOUTH AND THE LAW v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 4.

File No.: 29113.

2003: June 6; 2004: January 30.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Vagueness — Corporal punishment —
Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable
force by parents and teachers by way of correction of
child or pupil — Whether provision unconstitutionally
vague or overbroad — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46,
s. 43.*

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law** *Appelante*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Focus on the Family (Canada) Association,
Canada Family Action Coalition, Home
School Legal Defence Association of Canada
et VRAIES femmes du Canada, formant la
Coalition for Family Autonomy, Fédération
canadienne des enseignantes et des
enseignants, Association ontarienne des
sociétés de l'aide à l'enfance, Commission
des droits de la personne et des droits de
la jeunesse, en son propre nom et en celui
du Conseil canadien des organismes
provinciaux de défense des droits des enfants
et des jeunes, et Ligue pour le bien-être de
l'enfance du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADIAN FOUNDATION FOR
CHILDREN, YOUTH AND THE LAW c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 4.

N° du greffe : 29113.

2003 : 6 juin; 2004 : 30 janvier.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Imprécision — Châtiment corporel —
Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père,
mère ou instituteur est fondé à employer une force rai-
sonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette
disposition est-elle inconstitutionnellement imprécise ou
a-t-elle une portée excessive? — Charte canadienne des
droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985,
ch. C-46, art. 43.*

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right not to be subject to cruel and unusual treatment or punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Children — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

Section 43 of the *Criminal Code* justifies the reasonable use of force by way of correction by parents and teachers against children in their care. The appellant sought a declaration that s. 43 violates ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge and the Court of Appeal rejected the appellant's contentions and refused to issue the declaration requested.

Held (Binnie J. dissenting in part; Arbour and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and LeBel JJ.: Section 43 of the *Criminal Code* does not offend s. 7 of the *Charter*. While s. 43 adversely affects children's security of the person, it does not offend a principle of fundamental justice. First, s. 43 provides adequate procedural safeguards to protect this interest, since the child's interests are represented at trial by the Crown. Second, it is not a principle of fundamental justice that laws affecting children must be in their best interests. Thirdly, s. 43, properly construed, is not unduly vague or overbroad; it sets real boundaries and delineates a risk zone for criminal sanction and avoids discretionary law enforcement. The force must have been intended to be for educative or corrective purposes, relating to restraining, controlling or expressing disapproval of the actual behaviour of a child capable of benefiting from the correction. While the words "reasonable under the circumstances" on their face are broad, implicit limitations add precision. Section 43 does not extend to an application of force that results in harm or the prospect of harm. Determining what is "reasonable under the circumstances" in the case of child discipline is assisted by Canada's international treaty obligations, the

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Enfants — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

L'article 43 du *Code criminel* prévoit que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. L'appelante sollicite un jugement déclarant que l'art. 43 viole les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont rejeté les prétentions de l'appelante et refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé.

Arrêt (le juge Binnie est dissident en partie; les juges Arbour et Deschamps sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel : L'article 43 du *Code criminel* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'il porte atteinte au droit des enfants à la sécurité de leur personne, l'art. 43 ne viole aucun principe de justice fondamentale. Premièrement, l'art. 43 offre des garanties procédurales suffisantes pour protéger ce droit, étant donné que le ministère public représente les intérêts de l'enfant au procès. Deuxièmement, aucun principe de justice fondamentale ne veut que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur. Troisièmement, l'art. 43, interprété correctement, n'est pas trop imprécis et n'a pas une portée excessive; en plus de tracer de vraies lignes de démarcation et de délimiter une sphère de risque de sanctions pénales, il empêche l'application discrétionnaire de la loi. L'emploi de la force doit viser à éduquer ou à corriger — c'est-à-dire à contrôler le comportement réel d'un enfant sur lequel la correction peut avoir un effet bénéfique, ou à mettre fin à ce comportement ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard. Bien qu'à première vue l'expression « raisonnable dans les circonstances » soit générale, des limites implicites contribuent à en

circumstances in which the discipline occurs, social consensus, expert evidence and judicial interpretation. When these considerations are taken together, a solid core of meaning emerges for “reasonable under the circumstances”, sufficient to establish a zone in which discipline risks criminal sanction.

The conduct permitted by s. 43 does not involve “cruel and unusual” treatment or punishment by the state and therefore does not offend s. 12 of the *Charter*. Section 43 permits only corrective force that is reasonable. Conduct cannot be at once both reasonable and an outrage to standards of decency.

Section 43 does not discriminate contrary to s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person acting on behalf of a child, apprised of the harms of criminalization that s. 43 avoids, the presence of other governmental initiatives to reduce the use of corporal punishment, and the fact that abusive and harmful conduct is still prohibited by the criminal law, would not conclude that the child’s dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1). While children need a safe environment, they also depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. Section 43 is Parliament’s attempt to accommodate both of these needs. It provides parents and teachers with the ability to carry out the reasonable education of the child without the threat of sanction by the criminal law. Without s. 43, Canada’s broad assault law would criminalize force falling far short of what we think of as corporal punishment. The decision not to criminalize such conduct is not grounded in devaluation of the child, but in a concern that to do so risks ruining lives and breaking up families — a burden that in large part would be borne by children and outweigh any benefit derived from applying the criminal process.

Per Binnie J. (dissenting in part): By denying children the protection of the criminal law against the infliction of physical force that would be criminal assault if used against an adult, s. 43 of the *Criminal Code* infringes children’s equality rights guaranteed by s. 15(1) of the

préciser le sens. L’article 43 ne s’applique pas à l’emploi de la force qui cause ou risque de causer un préjudice. Les obligations découlant des traités internationaux dont le Canada est signataire, les circonstances dans lesquelles la correction est infligée, le consensus social, la preuve d’expert et l’interprétation judiciaire aident à déterminer ce qui est « raisonnable dans les circonstances » en matière de correction infligée à un enfant. Prises ensemble, ces considérations permettent de dégager de l’expression « raisonnable dans les circonstances » un sens fondamental solide qui est suffisant pour délimiter une sphère à l’intérieur de laquelle la correction infligée risque de donner lieu à des sanctions pénales.

La conduite autorisée par l’art. 43 ne comprend pas un traitement ou une peine « cruel et inusité » infligé par l’État et ne contrevient donc pas à l’art. 12 de la *Charte*. L’article 43 ne permet que l’emploi d’une force raisonnable pour infliger une correction. Une conduite ne peut pas être à la fois raisonnable et incompatible avec la dignité humaine.

L’article 43 n’est pas discriminatoire et ne contrevient donc pas au par. 15(1) de la *Charte*. Une personne raisonnable qui agit pour le compte d’un enfant et qui est consciente des effets néfastes de la criminalisation que permet d’éviter l’art. 43, de l’existence d’autres initiatives gouvernementales visant à réduire le recours aux châtimens corporels et du fait qu’une conduite abusive et préjudiciable est toujours interdite par le droit criminel, ne conclurait pas qu’une atteinte à la dignité de l’enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1). Les enfants ont besoin d’un milieu sûr, mais ils dépendent aussi de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu’on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. À l’article 43, le législateur tente de répondre à chacun de ces besoins. Il donne aux parents et aux instituteurs la capacité d’assurer à l’enfant une éducation raisonnable sans encourir de sanctions pénales. Sans l’article 43, le droit canadien général en matière de voies de fait criminaliserait l’emploi de la force qui ne correspond pas à notre perception du châtiment corporel. La décision de ne pas criminaliser une telle conduite est fondée non pas sur une dévalorisation de l’enfant, mais sur la crainte que la criminalisation de cette conduite détruise des vies et disloque des familles — un fardeau qui, dans une large mesure, serait supporté par les enfants et éclipserait tout avantage susceptible d’émaner du processus pénal.

Le juge Binnie (dissident en partie): En privant les enfants de la protection du droit criminel contre l’emploi de la force physique, alors que l’emploi de cette force contre un adulte constituerait une infraction criminelle de voies de fait, l’art. 43 du *Code criminel* porte atteinte aux

Charter. To deny protection against physical force to children at the hands of their parents and teachers is not only disrespectful of a child's dignity but turns the child, for the purpose of the *Criminal Code*, into a second class citizen. Such marginalization is destructive of dignity from any perspective, including that of a child. Protection of physical integrity against the use of unlawful force is a fundamental value that is applicable to all.

The majority in this case largely dismisses the s. 15(1) challenge because of the alleged correspondence between the actual needs and circumstances of children and the diminished protection they enjoy under s. 43. In the majority view, the objective of substantive equality (as distinguished from formal equality) calls for the differential treatment of children. Here, however, the "correspondence" factor is used as a sort of Trojan horse to bring into s. 15(1) matters that are more properly regarded as "reasonable limits . . . demonstrably justified in a free and democratic society" (s. 1). Section 43 protects parents and teachers, not children. The justification for their immunity should be dealt with under s. 1.

The use of force against a child, which in the absence of s. 43 would result in a criminal conviction, cannot be said to "correspond" to a child's "needs, capacities and circumstances" from the vantage point of a reasonable person acting on behalf of a child who seriously considers and values the child's views and developmental needs. Furthermore, the use of the "correspondence" factor to deny equality relief to children in this case is premised on the view that the state has good reason for treating children differently because of the role and importance of family life in our society. However, to proceed in this way just incorporates the "legitimate objective" element from the s. 1 *Oakes* test into s. 15, while incidentally switching the onus to the rights claimant to show the legislative objective is not legitimate, and relieving the government of the onus of demonstrating proportionality, including minimal impairment. This denies children the protection of their right to equal treatment.

The infringement of children's equality rights is saved by s. 1 of the *Charter* in relation to parents and persons standing in the place of parents. The objective of s. 43 of

droits des enfants à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Le refus aux enfants de la protection contre l'emploi de la force physique par leurs pères, mères et instituteurs non seulement porte atteinte à la dignité de l'enfant, mais en fait un citoyen de deuxième ordre pour l'application du *Code criminel*. Pareille marginalisation porte atteinte à la dignité, quelle que soit la perspective adoptée, y compris celle d'un enfant. La protection de l'intégrité physique contre l'emploi d'une force illégale est une valeur fondamentale qui s'applique à tous.

En l'espèce, la majorité rejette en grande partie le pourvoi fondé sur le par. 15(1) en raison de la correspondance alléguée entre, d'une part, les besoins et la situation véritables des enfants et, d'autre part, la protection réduite dont ils bénéficient en vertu de l'art. 43. Selon l'opinion majoritaire, l'objectif visé par l'égalité réelle (par opposition à l'égalité formelle) commande un traitement différent pour les enfants. Toutefois, le facteur de la « correspondance » est utilisé ici comme une sorte de cheval de Troie pour introduire dans l'application du par. 15(1) des questions qu'il convient plutôt de considérer sous l'angle des « limites [. . .] raisonnables [. . .] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (art. 1). L'article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants. La justification de leur immunité devrait être abordée sous le régime de l'article premier.

On ne saurait prétendre que le recours à la force contre un enfant — qui, en l'absence de l'art. 43, aboutirait à une condamnation pénale — « correspond » aux « besoins, capacités et situation » de l'enfant lorsqu'on adopte le point de vue privilégié d'une personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et ses besoins de développement. En outre, l'utilisation du facteur de la « correspondance » pour refuser aux enfants une réparation fondée sur le droit à l'égalité en l'espèce s'appuie sur l'idée que l'État a une bonne raison de traiter les enfants différemment en raison du rôle et de l'importance de la vie familiale dans notre société. Toutefois, en procédant de cette manière, on ne fait qu'incorporer à l'art. 15 l'élément de l'« objectif légitime » tiré du critère d'application de l'article premier établi dans *Oakes*, tout en transférant de façon incidente à la personne qui fait valoir ses droits le fardeau de démontrer que l'objectif législatif n'est pas légitime, et en relevant le gouvernement de la charge d'établir la proportionnalité, y compris l'atteinte minimale. Cela prive les enfants de leur droit à l'égalité de traitement.

L'atteinte aux droits des enfants à l'égalité est validée par l'article premier de la *Charte* en ce qui concerne les pères et mères ainsi que les personnes qui les remplacent.

limiting the intrusion of the *Criminal Code* into family life is pressing and substantial and providing a defence to a criminal prosecution in the circumstances stated in s. 43 is rationally connected to that objective. As to minimal impairment, the wording of s. 43 not only permits calibration of the immunity to different circumstances and children of different ages, but it allows for adjustment over time. The proportionality requirements are met by Parliament's limitation of the s. 43 defence to circumstances where: (i) the force is for corrective purposes, and (ii) the measure of force is shown to be reasonable in the circumstances. What is reasonable in relation to achievement of the legitimate legislative objective will not, by definition, be disproportionate to such achievement. Moreover, the salutary effects of s. 43 exceed its potential deleterious effects when one considers that the assault provisions of the *Criminal Code* are just a part, and perhaps a less important part, of the overall protections afforded to children by child welfare legislation. To deny children the ability to have their parents successfully prosecuted for reasonable corrective force under the *Criminal Code* does not leave them without effective recourse. It just helps to keep the family out of the criminal courts. Section 43 in relation to parents is justified on this basis.

The extension of s. 43 protection to teachers has not been justified under the s. 1 test. Parents and teachers play very different roles in a child's life and there is no reason why they should be treated on the same legal plane for the purposes of the *Criminal Code*. The logic for keeping criminal sanctions out of the schools is much less compelling than for keeping them out of the home. While order in the schools is a legitimate objective, giving non-family members an immunity for the criminal assault of children "by way of correction" is not a reasonable or proportionate legislative response to that problem. Section 43 does not minimally impair the child's equality right, and is not a proportionate response to the problem of order in the schools.

Per Arbour J. (dissenting): Section 43 of the *Criminal Code* can only be restrictively interpreted if the law, as it stands, offends the Constitution and must therefore be curtailed. Absent such constitutional restraints, it is neither the historic nor the proper role of courts to enlarge criminal responsibility by limiting defences enacted by Parliament. The reading down of a statutory defence amounts to an abandonment by the courts of their proper role in the criminal process. Nothing in the words of s. 43,

L'objectif de l'art. 43, qui consiste à limiter l'ingérence du *Code criminel* dans la vie familiale, est urgent et réel et l'établissement d'un moyen de défense contre une poursuite pénale dans les circonstances mentionnées à l'art. 43 a un lien rationnel avec cet objectif. Quant à l'atteinte minimale, le libellé de l'art. 43 permet non seulement de doser l'immunité en fonction des différentes circonstances et de l'âge des enfants, mais aussi d'apporter des ajustements au fil du temps. Le législateur a satisfait aux exigences de la proportionnalité en limitant l'application du moyen de défense fondé sur l'art. 43 aux cas où : (i) la force vise à corriger, et (ii) la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Ce qui est raisonnable en regard de la réalisation de l'objectif législatif légitime ne sera pas, par définition, disproportionné par rapport à cette réalisation. En outre, les effets bénéfiques de l'art. 43 l'emportent sur ses effets préjudiciables éventuels lorsque l'on considère que les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ne représentent qu'une fraction, et peut-être la fraction la moins importante, de l'ensemble des protections que les lois sur le bien-être de l'enfance accordent aux enfants. Priver les enfants de la possibilité de faire condamner leur père ou leur mère sous le régime du *Code criminel* pour avoir employé une force raisonnable pour les corriger ne prive pas les enfants de tout recours efficace. Cette mesure contribue seulement à tenir la famille à l'écart des cours criminelles. Pour cette raison, l'art. 43 est justifié en ce qui concerne les pères et mères.

L'élargissement de la protection de l'art. 43 aux instituteurs n'a pas été justifié au sens de l'article premier. Les pères et mères et les instituteurs jouent des rôles très différents dans la vie d'un enfant, et rien ne justifie qu'ils reçoivent un traitement juridique identique pour l'application du *Code criminel*. Il est beaucoup moins impérieux de garder les écoles que les foyers à l'abri des sanctions pénales. Bien que l'ordre dans les écoles soit un objectif légitime, le fait d'accorder une immunité à des personnes extérieures à la famille ayant commis des voies de fait « pour corriger » des enfants n'est pas une solution législative raisonnable ou proportionnée à ce problème. L'article 43 ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants à l'égalité et il ne constitue pas une réponse proportionnée au problème de l'ordre dans les écoles.

La juge Arbour (dissidente) : L'article 43 du *Code criminel* ne pourra recevoir une interprétation restrictive que si, dans son état actuel, il viole la Constitution et si, pour cette raison, une restriction de sa portée s'impose. En l'absence de telles contraintes constitutionnelles, le rôle des tribunaux ne consiste pas et n'a jamais consisté à élargir le champ de la responsabilité criminelle en limitant le recours aux moyens de défense prévus par le législateur. L'interprétation atténuée du moyen de défense prévu par

properly construed, suggests that Parliament intended that some conduct be excluded at the outset from the scope of its protection. This is the law as we must take it in order to assess its constitutionality. To essentially rewrite it before validating its constitutionality is to hide the constitutional imperative.

Section 43 of the *Criminal Code* infringes the rights of children under s. 7 of the *Charter*. The phrase “reasonable under the circumstances” in s. 43 violates children’s security of the person interest and the deprivation is not in accordance with the relevant principle of fundamental justice, in that it is unconstitutionally vague. A vague law violates the principles of fundamental justice because it does not provide “fair warning” to individuals as to the legality of their actions and because it increases the amount of discretion given to law enforcement officials in their application of the law, which may lead to arbitrary enforcement. There is no need to speculate about whether s. 43 is capable, in theory, of circumscribing an acceptable level of debate about the scope of its application. Canadian courts have been unable to articulate a legal framework for s. 43 despite attempts to establish guidelines and have been at a loss to appreciate the “reasonableness” referred to by Parliament. “Reasonableness” with respect to s. 43 is linked to public policy issues and one’s own sense of parental authority and always entails an element of subjectivity. Conceptions of what is “reasonable” in terms of the discipline of children, whether physical or otherwise, vary widely, and often engage cultural and religious beliefs as well as political and ethical ones. While it may work well in other contexts, in this one the term “reasonable force” has proven not to be a workable standard and the lack of clarity is particularly problematic here because the rights of children are engaged. The restrictions put forth by the majority with respect to the scope of the defence in s. 43 have not emerged from the existing case law. These restrictions are far from self-evident and would not have been anticipated by many parents, teachers or enforcement officials. Attempts at judicial interpretation which would structure the discretion in s. 43 have failed to provide coherent or cogent guidelines that would meet the standard of notice and specificity generally required in the criminal law.

la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu’ils doivent jouer en matière criminelle. Rien dans l’art. 43, interprété correctement, n’indique que le législateur a voulu qu’un comportement échappe d’emblée à sa protection. C’est ainsi qu’il faut interpréter la règle de droit en cause pour en évaluer la constitutionnalité. Récrire pour ainsi dire la loi de manière à pouvoir en confirmer la constitutionnalité revient à masquer l’impératif constitutionnel.

L’article 43 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que l’art. 7 de la *Charte* garantit aux enfants. L’expression « raisonnable dans les circonstances », employée à l’art. 43, porte atteinte au droit de l’enfant à la sécurité de sa personne et cette atteinte n’est pas conforme au principe de justice fondamentale applicable, en raison de l’imprécision inconstitutionnelle de l’expression en cause. Une règle de droit imprécise viole les principes de justice fondamentale du fait qu’elle ne donne pas au citoyen un « avertissement raisonnable » quant à la légalité de ses actes et qu’elle accroît le pouvoir discrétionnaire des responsables de son application, ce qui peut donner lieu à des mesures arbitraires. Il n’est pas nécessaire de se demander si, en théorie, l’art. 43 est susceptible de circonscrire dans une mesure acceptable le débat concernant son champ d’application. Malgré leurs tentatives d’établir des lignes directrices, les tribunaux canadiens ont été incapables de définir un cadre juridique pour l’art. 43 et ont été incapables d’apprécier le « caractère raisonnable » mentionné par le législateur. Le « caractère raisonnable », en ce qui concerne l’art. 43, est lié à des questions d’ordre public et à la perception que chacun a de l’autorité parentale et comporte toujours un aspect subjectif. Les conceptions de ce qui est « raisonnable » en matière de châtement corporel ou autre d’un enfant varient énormément et mettent souvent en jeu des convictions culturelles et religieuses, aussi bien que politiques et morales. Aussi utile qu’elle puisse être dans d’autres contextes, la norme de la « force raisonnable » s’est révélée inapplicable dans le contexte qui nous occupe, et le manque de clarté est particulièrement problématique en l’espèce du fait que les droits des enfants sont en jeu. Les restrictions auxquelles les juges majoritaires assujettissent la portée du moyen de défense prévu à l’art. 43 ne ressortent pas de la jurisprudence existante. Ces restrictions sont loin d’être évidentes et n’auraient pas été prévues par bien des parents, instituteurs ou responsables de l’application de la loi. Les tentatives des tribunaux d’interpréter l’art. 43 de manière à encadrer le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré n’ont pas permis de dégager des lignes directrices cohérentes et solides satisfaisant à la norme d’avertissement et de précision généralement prescrite en droit criminel.

Since s. 43 is unconstitutionally vague, it cannot pass the “prescribed by law” requirement in s. 1 of the *Charter* or the minimal impairment stage of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under that section. Striking down the provision is the most appropriate remedy, as Parliament is best equipped to reconsider this vague and controversial provision. Striking down s. 43 will not expose parents and persons standing in the place of parents to the blunt instrument of the criminal law for every minor instance of technical assault. The common law defences of necessity and *de minimis* adequately protect parents and teachers from excusable and/or trivial conduct. The defence of necessity rests upon a realistic assessment of human weaknesses and recognizes that there are emergency situations where the law does not hold people accountable if the ordinary human instincts overwhelmingly impel disobedience in the pursuit of self-preservation or the preservation of others. Because the s. 43 defence only protects parents who apply force for corrective purposes, the common law may have to be resorted to in any event in situations where parents forcibly restrain children incapable of learning, to ensure the child’s safety, for example. With respect to the common law defence of *de minimis*, an appropriate expansion in the use of that defence would assist in ensuring that trivial, technical violations of the assault provisions of the *Criminal Code* do not attract criminal sanctions.

Per Deschamps J. (dissenting): The ordinary and contextual meaning of s. 43 cannot bear the restricted interpretation proposed by the majority. Section 43 applies to and justifies an extensive range of conduct, including serious uses of force against children. There was agreement with Arbour J. that the body of case law applying s. 43 is evidence of its broad parameters and wide scope. Where, as here, the text of the provision does not support a severely restricted scope of conduct that would avoid constitutional disfavour, the Court cannot read the section down to create a constitutionally valid provision. It is the duty of the Court to determine the intent of the legislator by looking at the text, context and purpose of the provision.

Section 43 infringes the equality guarantees of children under s. 15(1) of the *Charter*. On its face, as well as

Vu qu’il est inconstitutionnellement imprécis, l’art. 43 ne peut satisfaire à l’exigence de la restriction prescrite par une « règle de droit » prévue à l’article premier de la *Charte* ni au volet de l’atteinte minimale que comporte le critère de l’arrêt *Oakes* et ne peut donc pas être sauvegardé en application de l’article premier. L’invalidation de l’art. 43 pour cause d’imprécision est la réparation la plus convenable, étant donné que c’est le législateur qui est le mieux en mesure de revoir cette disposition imprécise et controversée. Elle n’exposera pas les parents et les personnes qui les remplacent à l’application systématique du droit criminel pour le moindre geste qui constitue, strictement parlant, des voies de fait. Les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* protègent suffisamment ceux et celles, parmi eux, qui adoptent un comportement excusable ou anodin. La nécessité comme moyen de défense repose sur une constatation réaliste de la faiblesse humaine et reconnaît que, dans certaines situations urgentes, la loi ne tient pas les gens responsables lorsque leur instinct normal les pousse à l’enfreindre pour se protéger eux-mêmes ou pour protéger autrui. Comme le moyen de défense prévu à l’art. 43 protège seulement le père ou la mère qui emploie la force pour infliger une correction, il peut, de toute façon, se révéler nécessaire de recourir à la common law dans le cas d’un père ou d’une mère qui emploie la force pour retenir un enfant incapable de tirer une leçon de ce qui lui arrive, afin notamment d’assurer la sécurité de cet enfant. Quant au moyen de défense fondé sur le principe *de minimis*, l’élargissement approprié de la possibilité d’invoquer ce moyen de défense contribuerait à soustraire à des sanctions pénales la personne qui a, strictement parlant, commis une violation minime des dispositions en matière de voies de fait du *Code criminel*.

La juge Deschamps (dissidente) : Le sens ordinaire et contextuel de l’art. 43 ne peut recevoir l’interprétation stricte proposée par la majorité. L’article 43 englobe et justifie une vaste gamme de comportements, y compris des formes sévères de recours à la force contre les enfants. Il y a accord avec la juge Arbour pour dire que l’ensemble de la jurisprudence portant sur l’art. 43 témoigne de ses larges paramètres et de sa portée étendue. Lorsque, comme en l’occurrence, les termes de la disposition ne permettent pas d’en limiter la portée aux seuls comportements qui échapperaient à une désapprobation constitutionnelle, la Cour ne peut l’interpréter en en limitant la portée de manière à créer une disposition valide sur le plan constitutionnel. La tâche de la Cour consiste à dégager l’intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son contexte et son objet.

L’article 43 viole les droits à l’égalité que le par. 15(1) de la *Charte* garantit aux enfants. L’article 43 crée,

in its result, s. 43 creates a distinction between children and others which is based on the enumerated ground of age. Moreover, the distinction or differential treatment under s. 43 constitutes discrimination. The government's explicit choice not to criminalize some assaults against children violates their dignity. First, there is clearly a significant interest at stake because the withdrawal of the protection of the criminal law for incursions on one's physical integrity would lead the reasonable claimant to believe that her or his dignity is being harmed. Second, children as a group face pre-existing disadvantage in our society and have been recognized as a vulnerable group time and again by legislatures and courts. Third, the proposed ameliorative purposes or effects factor does not apply and has only a neutral impact on the analysis. Lastly, s. 43 perpetuates the notion of children as property rather than human beings and sends the message that their bodily integrity and physical security is to be sacrificed to the will of their parents, however misguided. Far from corresponding to the actual needs and circumstances of children, s. 43 compounds the pre-existing disadvantage of children as a vulnerable and often-powerless group whose access to legal redress is already restricted.

The infringement of s. 15(1) is not justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. The legislative objective behind s. 43 of recognizing that parents and teachers require reasonable latitude in carrying out the responsibility imposed by law to provide for their children, to nurture them, and to educate them is pressing and substantial. As well, there does appear to be a rational connection between the objective and limiting the application of the criminal law in the parent-child or teacher-pupil relationship. However, it is clear that less intrusive means were available that would have been more appropriately tailored to the objective. Section 43 could have been defined in such a way as to be limited only to very minor applications of force rather than being broad enough to capture more serious assaults on a child's body. It could also have been better tailored in terms of those to whom it applies, those whom it protects, and the scope of conduct it justifies. A consideration of the proportionality between the salutary and deleterious effects of the application of s. 43 also supports the conclusion that the proportionality part of the *Oakes* test has not been met. The deleterious effects impact upon such a core right of children as a vulnerable group that the salutary effects must be extremely compelling to be proportional. The discrimination represented by s. 43 produces the most drastic effect in sending the message that children, as a group, are

à la fois par son libellé et par ses effets, une distinction entre les enfants et les autres personnes qui est fondée sur un motif énuméré : l'âge. De plus, la distinction ou la différence de traitement établie par l'art. 43 est discriminatoire. Le choix explicite du gouvernement de ne pas criminaliser certaines voies de fait commises contre les enfants porte atteinte à leur dignité. Premièrement, il est clair qu'un droit important est en jeu, parce que le retrait de la protection du droit criminel contre les atteintes à l'intégrité physique amènerait le demandeur raisonnable à croire que sa dignité est compromise. Deuxièmement, les enfants, en tant que groupe, subissent un désavantage préexistant dans notre société et les législatures et les tribunaux ont maintes fois reconnu qu'ils formaient un groupe vulnérable. Troisièmement, le facteur de l'objet ou de l'effet proposé ne s'applique pas et n'a qu'une incidence neutre sur l'analyse. Enfin, l'art. 43 perpétue l'idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains, et il transmet le message que leur intégrité et leur sécurité physiques doivent être sacrifiées à la volonté de leurs père et mère, aussi peu judicieuse soit-elle. Loin de correspondre à leurs besoins et à leur situation véritables, l'art. 43 accentue le désavantage préexistant que subissent les enfants à titre de groupe vulnérable et souvent impuissant, pour qui l'accès à la justice en vue d'obtenir réparation est déjà limité.

Cette violation du par. 15(1) ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif législatif qui sous-tend l'art. 43 et consiste à reconnaître que les pères, mères et instituteurs ont besoin d'une marge de manœuvre raisonnable pour s'acquitter de la responsabilité que la loi leur impose de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les élever et de les éduquer est urgent et réel. Par ailleurs, il semble exister un lien rationnel entre cet objectif et la décision de limiter l'application du droit pénal dans la relation parent-enfant ou instituteur-élève. Cependant, il est clair qu'il existait des mesures moins attentatoires et mieux adaptées à l'objectif législatif. L'article 43 aurait pu être rédigé en des termes qui en limitent l'application à l'emploi d'une force très légère, plutôt qu'en des termes assez généraux pour englober des voies de fait plus graves commises contre un enfant. Il aurait aussi pu cibler plus précisément les personnes qu'il vise, celles qu'il protège et la portée de la conduite qu'il justifie. L'examen de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'application de l'art. 43 appuie aussi la conclusion qu'il n'a pas été satisfait à la partie du test établi dans l'arrêt *Oakes* qui concerne la proportionnalité. Les effets préjudiciables touchent un droit si fondamental pour le groupe vulnérable que sont les enfants que les effets bénéfiques doivent être extrêmement convaincants pour être proportionnels.

less worthy of protection of their bodies than anyone else.

The striking down of s. 43 is the only appropriate remedy in this case and s. 43 should be severed from the rest of the *Criminal Code*. It does not measure up to *Charter* standards and, thus, must cede to the supremacy of the Constitution to the extent of any inconsistency.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; Eur. Court H. R., *A. v. United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI; *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

By Binnie J. (dissenting in part)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *Streng v. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734; *Jones v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737; *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova*

La discrimination qu'entraîne l'art. 43 produit les conséquences les plus radicales en transmettant le message que les enfants, en tant que groupe, sont moins dignes que n'importe qui d'autre d'être protégés contre une atteinte physique.

L'invalidation de l'art. 43 est la seule réparation appropriée en l'espèce et l'art. 43 devrait être dissocié du reste du *Code criminel*. Il ne satisfait pas aux normes établies par la *Charte* et, par conséquent, la primauté de la Constitution commande qu'il soit écarté dans la mesure de cette incompatibilité.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; Cour eur. D. H., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI; *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.

Citée par le juge Binnie (dissident en partie)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *Streng c. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734; *Jones c. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737; *Piercey c. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-*

Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Pickard, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL); *R. v. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. v. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302; *R. v. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL); *R. v. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL); *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *R. v. Wetmore* (1996), 172 N.B.R. (2d) 224; *R. v. Graham* (1995), 160 N.B.R. (2d) 306; *R. v. Plourde* (1993), 140 N.B.R. (2d) 273; *R. v. Caouette*, [2002] Q.J. No. 1055 (QL); *R. v. Skidmore*, Ont. C.J., No. 8414/99, June 27, 2000; *R. v. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Fonder*, [1993] Q.J. No. 238 (QL); *R. v. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL); *R. v. Wood* (1995), 176 A.R. 223; *R. v. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL); *R. v. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *R. v. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26; *R. v. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL); *R. v. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL); *R. v. Holmes*, [2001] Q.J. No. 7640 (QL); *R. v. Harriott* (1992), 128 N.B.R. (2d) 155; *R. v. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485; *R. v. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118; *R. v. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL); *R. v. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL); *R. v. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL); *R. v. Dunfield* (1990), 103 N.B.R. (2d) 172; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *R. v. Kormos* (1998), 14 C.R.

Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par la juge Arbour (dissidente)

R. c. Pickard, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL); *R. c. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. c. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302; *R. c. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL); *R. c. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL); *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *R. c. Wetmore* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 224; *R. c. Graham* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 306; *R. c. Plourde* (1993), 140 R.N.-B. (2^e) 273; *R. c. Caouette*, [2002] J.Q. n^o 1055 (QL); *R. c. Skidmore*, C.J. Ont., n^o 8414/99, 27 juin 2000; *R. c. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. c. Fonder*, [1993] A.Q. n^o 238 (QL); *R. c. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL); *R. c. Wood* (1995), 176 A.R. 223; *R. c. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL); *R. c. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414; *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *R. c. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26; *R. c. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL); *R. c. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL); *R. c. Holmes*, [2001] J.Q. n^o 7640 (QL); *R. c. Harriott* (1992), 128 R.N.-B. (2^e) 155; *R. c. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485; *R. c. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118; *R. c. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL); *R. c. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL); *R. c. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL); *R. c. Dunfield* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 172; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54; *R. c. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *R. c. Kormos* (1998), 14 C.R.

(5th) 312; *The “Reward”* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *R. v. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517; *R. v. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181; *R. v. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361, aff’d (1975), 24 C.C.C. (2d) 44; *R. v. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382; *R. v. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368; *R. v. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128.

By Deschamps J. (dissenting)

Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Age of Majority and Accountability Act, R.S.O. 1990, c. A.7, s. 1.
Canada Shipping Act, 2001, S.C. 2001, c. 26, s. 294 (not yet in force).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 15(1).
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 1(a).
Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 19(a).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Can. T.S. 1982 No. 31, Arts. 5(b), 16(1)(d).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3(1), 5, 19(1), 37(a), 43(1).
Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, s. 59.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 [am. 1994, c. 44, s. 2(2)], 8(3), 9, 27, 30, 32, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44 [rep. 2001, c. 26, s. 294 (not yet in force)], 45, 232, 265, 267 [repl. 1994, c. 44, s. 17], 273.2(b)

14 C.R. (5th) 312; *The « Reward »* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *R. c. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517; *R. c. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181; *R. c. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361, conf. par (1975), 24 C.C.C. (2d) 44; *R. c. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382; *R. c. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368; *R. c. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 [mod. 1994, ch. 44, art. 2(2)], 8(3), 9, 27, 30, 32, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44 [abr. 2001, ch. 26, art. 294 (non en vigueur)], 45, 232, 265, 267 [rempl. 1994, ch. 44, art. 17], 273.2b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 495 [abr. & rempl. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 75].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 43, 44.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 44, 45, 55.
Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1), 5, 19(1), 37a), 43(1).
Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes, R.T. Can. 1982 n° 31, art. 5b), 16(1)d).
Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, art. 59.
Education Act 1989 (N.Z.), 1989, No. 80, art. 139A.
Education (No. 2) Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 61, art. 47.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

- [ad. 1992, c. 38, s. 1], 495 [rep. & sub. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 75].
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 43, 44.
- Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 44, 45, 55.
- Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5), (9).
- Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12, s. 23.
- Education Act*, S.N.W.T. 1995, c. 28, s. 34(3).
- Education Act*, S.Y. 1989-90, c. 25, s. 36.
- Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80, s. 139A.
- Education (No. 2) Act 1986* (U.K.), 1986, c. 61, s. 47.
- Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 28, 60, 67, 68, 69.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, preamble, Arts. 7, 24.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76(3).
- School Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, s. 73.
- Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, c. S-12.2, s. 42.
- Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 25(8), 27(1), 30(3), (4).
- Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26, art. 294 (non en vigueur).
- Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, art. 19a).
- Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12, art. 23.
- Loi sur l'éducation*, L.T.N.-O. 1995, ch. 28, art. 34(3).
- Loi sur l'éducation*, L.Y. 1989-90, ch. 25, art. 36.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 28, 60, 67, 68, 69.
- Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1990, ch. A.7, art. 1.
- Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), (10), 17(5), (9).
- Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, art. 25(8), 27(1), 30(3), (4).
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 1a).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n^o 47, préambule, art. 7, 24.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76(3).
- School Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1, art. 73.
- Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, ch. S-12.2, art. 42.

Authors Cited

- Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Bernard, Claire. "Corporal Punishment as a Means of Correcting Children". Quebec: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, November 1998.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Department of Justice. *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper*. Ottawa: Dept. of Justice, 1994.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. *Assault*. Ottawa: The Commission, 1984.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa: Publications Canada, 1980.
- Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1992.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

Doctrine citée

- Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 1992.
- Bernard, Claire. « Le châtement corporel comme moyen de corriger les enfants ». Québec: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, novembre 1998.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. *Les voies de fait*. Ottawa: La Commission, 1984.
- Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa: Publications Canada, 1980.
- Canada. Ministère de la Justice. *Projet de réforme de la Partie générale du Code criminel : Document de consultation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1994.

- Greene, Sharon D. "The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1" (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288.
- Héту, Jean. "Droit judiciaire: De minimis non curat praetor: une maxime qui a toute son importance!" (1990), 50 *R. du B.* 1065.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2003, release 1).
- Martin, John C. *The Criminal Code of Canada*. Toronto: Cartwright, 1955.
- McGillivray, Anne. "'He'll learn it on his body': Disciplining childhood in Canadian law" (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193.
- McGillivray, Anne. "R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality" (1993), 16 C.R. (4th) 125.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Newell, Peter. *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment*. London: Bedford Square Press, 1989.
- Sharpe, Robert J., Katherine E. Swinton and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
- Strauss, S. A. "Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt" (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 44 of the Convention*, Thirty-fourth Session, CRC/C/15/Add.215 (2003).
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Report adopted by the Committee at its 209th meeting on 27 January 1995*, Eighth Session, CRC/C/38.
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Report adopted by the Committee at its 233rd meeting on 9 June 1995*, Ninth Session, CRC/C/43.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40), 1995.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fourth Session, Supp. No. 40 (A/54/40), 1999.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fifth Session, Supp. No. 40 (A/55/40), 2000.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Greene, Sharon D. « The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code : Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1 » (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288.
- Héту, Jean. « Droit judiciaire : De minimis non curat praetor : une maxime qui a toute son importance! » (1990), 50 *R. du B.* 1065.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2003, release 1).
- Martin, John C. *The Criminal Code of Canada*. Toronto : Cartwright, 1955.
- McGillivray, Anne. « "He'll learn it on his body" : Disciplining childhood in Canadian law » (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193.
- McGillivray, Anne. « R. v. K. (M.) : Legitimizing Brutality » (1993), 16 C.R. (4th) 125.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention*, Trente-quatrième session, CRC/C/15/Add.215 (2003).
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Rapport adopté par le Comité à sa 209^{ème} séance, le 27 janvier 1995*, Huitième session, CRC/C/38.
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Rapport adopté par le Comité à sa 233^{ème} séance, le 9 juin 1995*, Neuvième session, CRC/C/43.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40), 1995.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-quatrième session, suppl. n° 40 (A/54/40), 1999.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-cinquième session, suppl. n° 40 (A/55/40), 2000.
- Newell, Peter. *Children Are People Too : The Case Against Physical Punishment*. London : Bedford Square Press, 1989.
- Sharpe, Robert J., Katherine E. Swinton and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
- Strauss, S. A. « Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt » (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 57 O.R. (3d) 511, 207 D.L.R. (4th) 632, 161 C.C.C. (3d) 178, 154 O.A.C. 144, 48 C.R. (5th) 218, 23 R.F.L. (5th) 101, 90 C.R.R. (2d) 223, [2002] O.J. No. 61 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice (2000), 49 O.R. (3d) 662, 188 D.L.R. (4th) 718, 146 C.C.C. (3d) 362, 36 C.R. (5th) 334, 76 C.R.R. (2d) 251, [2000] O.J. No. 2535 (QL). Appeal dismissed, Binnie J. dissenting in part and Arbour and Deschamps JJ. dissenting.

Paul B. Schabas, Cheryl Milne and Nicholas Adamson, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Gina M. Scarcella*, for the respondent.

Allan O'Brien and Steven J. Welchner, for the intervener the Canadian Teachers' Federation.

J. Gregory Richards, Ritu R. Bhasin and Marvin M. Bernstein, for the intervener the Ontario Association of Children's Aid Societies.

David M. Brown, Manizeh Fancy and Dallas Miller, Q.C., for the intervener the Coalition for Family Autonomy.

Hélène Tessier and Athanassia Bitzakidis, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Michael E. Barrack and Christopher A. Wayland, for the intervener the Child Welfare League of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — The issue in this case is the constitutionality of Parliament's decision to carve out a sphere within which children's parents and teachers may use minor corrective force in some circumstances without facing criminal sanction. The assault provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 265, prohibits intentional, non-consensual application of force to another. Section 43

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 57 O.R. (3d) 511, 207 D.L.R. (4th) 632, 161 C.C.C. (3d) 178, 154 O.A.C. 144, 48 C.R. (5th) 218, 23 R.F.L. (5th) 101, 90 C.R.R. (2d) 223, [2002] O.J. No. 61 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2000), 49 O.R. (3d) 662, 188 D.L.R. (4th) 718, 146 C.C.C. (3d) 362, 36 C.R. (5th) 334, 76 C.R.R. (2d) 251, [2000] O.J. No. 2535 (QL). Pourvoi rejeté, le juge Binnie est dissident en partie et les juges Arbour et Deschamps sont dissidentes.

Paul B. Schabas, Cheryl Milne et Nicholas Adamson, pour l'appelante.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Gina M. Scarcella*, pour l'intimé.

Allan O'Brien et Steven J. Welchner, pour l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants.

J. Gregory Richards, Ritu R. Bhasin et Marvin M. Bernstein, pour l'intervenante l'Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance.

David M. Brown, Manizeh Fancy et Dallas Miller, c.r., pour l'intervenante Coalition for Family Autonomy.

Hélène Tessier et Athanassia Bitzakidis, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Michael E. Barrack et Christopher A. Wayland, pour l'intervenante la Ligue pour le bien-être de l'enfance du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de la décision du législateur d'établir une zone à l'intérieur de laquelle les pères, mères (ci-après « les parents ») et instituteurs peuvent, dans certaines circonstances, employer une force légère pour corriger un enfant sans s'exposer à des sanctions pénales. L'article 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui traite des voies de

of the *Criminal Code* excludes from this crime reasonable physical correction of children by their parents and teachers. It provides:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (the “Foundation”) seeks a declaration that this exemption from criminal sanction: (1) violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it fails to give procedural protections to children, does not further the best interests of the child, and is both overbroad and vague; (2) violates s. 12 of the *Charter* because it constitutes cruel and unusual punishment or treatment; and (3) violates s. 15(1) of the *Charter* because it denies children the legal protection against assaults that is accorded to adults.

2

The trial judge and the Court of Appeal rejected the Foundation’s contentions and refused to issue the declaration requested. Like them, I conclude that the exemption from criminal sanction for corrective force that is “reasonable under the circumstances” does not offend the *Charter*. I say this, having carefully considered the contrary view of my colleague, Arbour J., that the defence of reasonable correction offered by s. 43 is so vague that it must be struck down as unconstitutional, leaving parents who apply corrective force to children to the mercy of the defences of necessity and “*de minimis*”. I am satisfied that the substantial social consensus on what is reasonable correction, supported by comprehensive and consistent expert evidence on what is reasonable presented in this appeal, gives clear content to s. 43. I am also satisfied, with due respect to contrary views, that exempting parents and teachers from criminal sanction for reasonable correction does not violate children’s equality rights. In the end, I am satisfied that this section provides a workable,

fait, interdit à quiconque d’employer intentionnellement la force contre une autre personne sans son consentement. Selon l’art. 43 du *Code criminel*, ne constituent pas des voies de fait les châtiments corporels raisonnables que les parents et instituteurs infligent à un enfant. Cet article prévoit :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (la « Fondation ») sollicite un jugement déclarant que cette exemption de sanctions pénales (1) viole l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu’elle n’assure aux enfants aucune protection procédurale, ne sert pas l’intérêt supérieur de l’enfant et est imprécise et de portée excessive, (2) viole l’art. 12 de la *Charte* du fait qu’elle constitue une peine ou un traitement cruel et inusité, et (3) viole le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’elle n’assure pas aux enfants la protection contre les voies de fait que la loi consent aux adultes.

Le juge de première instance et la Cour d’appel ont rejeté les prétentions de la Fondation et refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé. Je conclus, comme ils l’ont fait, que l’exemption de sanctions pénales, dans le cas où la force employée pour infliger une correction est « raisonnable dans les circonstances », ne contrevient pas à la *Charte*. J’affirme cela après avoir examiné attentivement le point de vue contraire de ma collègue la juge Arbour, selon lequel le moyen de défense fondé sur la correction raisonnable qu’offre l’art. 43 est si imprécis qu’il faut l’invalider pour cause d’inconstitutionnalité et laisser à la merci des moyens de défense fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* les parents qui emploient la force pour corriger leur enfant. Je suis persuadée que le large consensus social relatif à ce qui constitue une correction raisonnable — étayé, en l’espèce, par une preuve d’expert cohérente et exhaustive concernant ce qui est raisonnable — contribue à clarifier le contenu de l’art. 43. Je suis également persuadée, en toute déférence pour le point de vue

constitutional standard that protects both children and parents.

I. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 7 of the *Charter*?

Section 7 of the *Charter* is breached by state action depriving someone of life, liberty, or security of the person contrary to a principle of fundamental justice. The burden is on the applicant to prove both the deprivation and the breach of fundamental justice. In this case the Crown concedes that s. 43 adversely affects children's security of the person, fulfilling the first requirement.

This leaves the question of whether s. 43 offends a principle of fundamental justice. The Foundation argues that three such principles have been breached: (1) the principle that the child must be afforded independent procedural rights; (2) the principle that legislation affecting children must be in their best interests; and (3) the principle that criminal legislation must not be vague or overbroad. I will consider each in turn.

A. *Independent Procedural Rights for Children*

It is a principle of fundamental justice that accused persons must be accorded adequate procedural safeguards in the criminal process. By analogy, the Foundation argues that it is a principle of fundamental justice that innocent children who are alleged to have been subjected to force exempted from criminal sanction by s. 43 of the *Criminal Code* have a similar right to due process in the representation of their interests at trial. Section 43 fails to accord such process, it is argued, and therefore breaches s. 7 of the *Charter*. The implication is that for s. 43 to be constitutional, it would be necessary

contraire, que l'exemption de sanctions pénales offerte aux parents ou instituteurs qui infligent une correction raisonnable ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité des enfants. En définitive, je suis convaincue que l'art. 43 établit une norme constitutionnelle efficace qui protège à la fois les enfants et les parents.

I. L'article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte*?

Contrevient à l'art. 7 de la *Charte* toute mesure de l'État qui porte atteinte, d'une manière non conforme à un principe de justice fondamentale, au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il incombe au requérant d'établir l'existence d'une atteinte et de la violation d'un principe de justice fondamentale. En l'espèce, le ministère public reconnaît que l'art. 43 porte atteinte au droit des enfants à la sécurité de leur personne, de sorte que la première condition est remplie.

Il reste à se demander si l'art. 43 viole un principe de justice fondamentale. La Fondation soutient que trois de ces principes ont été violés : (1) le principe voulant que l'enfant jouisse de droits procéduraux indépendants; (2) le principe voulant que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur, et (3) le principe voulant que la législation criminelle ne soit pas imprécise ou n'ait pas une portée excessive. J'examinerai successivement chacune de ces allégations.

A. *Droits procéduraux indépendants pour les enfants*

Un principe de justice fondamentale veut que les accusés bénéficient de garanties procédurales suffisantes en matière criminelle. Par analogie, la Fondation fait valoir qu'un principe de justice fondamentale veut que les enfants innocents, qui auraient été victimes d'un emploi de la force visé par l'exemption de sanctions pénales prévue à l'art. 43 du *Code criminel*, possèdent un droit semblable à l'application régulière de la loi relativement à la représentation de leurs intérêts au procès. Elle allègue que l'art. 43 ne leur accorde pas ce droit et qu'il contrevient, de ce fait, à l'art. 7 de la *Charte*.

3

4

5

to provide for separate representation of the child's interests.

6 Thus far, jurisprudence has not recognized procedural rights for the alleged victims of an offence. However, I need not consider that issue. Even on the assumption that alleged child victims are constitutionally entitled to procedural safeguards, the Foundation's argument fails because s. 43 provides adequate procedural safeguards to protect this interest. The child's interests are represented at trial by the Crown. The Crown's decision to prosecute and its conduct of the prosecution will necessarily reflect society's concern for the physical and mental security of the child. There is no reason to suppose that, as in other offences involving children as victims or witnesses, the Crown will not discharge that duty properly. Nor is there any reason to conclude on the arguments before us that providing separate representation for the child is either necessary or useful. I conclude that no failure of procedural safeguards has been established.

B. *The Best Interests of the Child*

7 The Foundation argues that it is a principle of fundamental justice that laws affecting children must be in their best interests, and that s. 43's exemption of reasonable corrective force from criminal sanction is not in the best interests of the child. Therefore, it argues, s. 43 violates s. 7 of the *Charter*. I disagree. While "the best interests of the child" is a recognized legal principle, this legal principle is not a principle of fundamental justice.

8 Jurisprudence on s. 7 has established that a "principle of fundamental justice" must fulfill three criteria: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it "provides meaningful content for the s. 7 guarantee"; second, it avoids the "adjudication of policy matters": *Re*

Il s'ensuit que la constitutionnalité de l'art. 43 passe nécessairement par la représentation séparée des intérêts de l'enfant.

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a reconnu aucun droit procédural aux présumées victimes d'une infraction. Cependant, il n'est pas nécessaire que j'aborde cette question. Même en présumant que les enfants qui auraient été des victimes ont droit, en vertu de la Constitution, à des garanties procédurales, l'argument de la Fondation ne tient pas étant donné que l'art. 43 offre des garanties procédurales suffisantes pour protéger ce droit. Le ministère public représente les intérêts de l'enfant au procès. La décision du ministère public d'intenter des poursuites et sa façon de les mener refléteront nécessairement le souci de la société d'assurer la sécurité physique et mentale de l'enfant. Rien ne permet de supposer que le ministère public ne remplira pas correctement ces fonctions, comme il le fait dans le cas d'autres infractions où des victimes ou témoins sont des enfants. L'argumentation qui nous a été soumise ne nous permet pas non plus de conclure que la représentation séparée des intérêts de l'enfant est nécessaire ou utile. Je conclus que l'on n'a pas établi l'existence d'un manquement aux garanties procédurales.

B. *L'intérêt supérieur de l'enfant*

La Fondation fait valoir que l'exemption de sanctions pénales prévue par l'art. 43 relativement à l'emploi de la force raisonnable pour infliger une correction ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant, contrairement au principe de justice fondamentale voulant que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur. Voilà pourquoi, selon elle, l'art. 43 contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Je ne suis pas d'accord. Bien que « l'intérêt supérieur de l'enfant » soit un principe juridique reconnu, il ne s'agit pas d'un principe de justice fondamentale.

La jurisprudence relative à l'art. 7 a établi qu'un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D'une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 »; d'autre part,

B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws.

The “best interests of the child” is a legal principle, thus meeting the first requirement. A legal principle contrasts with what Lamer J. (as he then was) referred to as “the realm of general public policy” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503), and Sopinka J. referred to as “broad” and “vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral” (*Rodriguez*, *supra*, at p. 591), the use of which would transform s. 7 into a vehicle for policy adjudication. The “best interests of the child” is an established legal principle in international and domestic law. Canada is a party to international conventions that treat “the best interests of the child” as a legal principle: see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1), and the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31, Arts. 5(b) and 16(1)(d). Many Canadian statutes explicitly name the “best interests of the child” as a legal consideration: see, for example, *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 28, 60, 67, 68 and 69; *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 25(8), 27(1), 30(3) and (4); *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5) and (9). Family law statutes are saturated

elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.

L’« intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique et remplit donc la première condition. Un principe juridique contraste avec ce que le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a appelé le « domaine de l’ordre public en général » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503) et ce que le juge Sopinka a qualifié de « vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral » (*Rodriguez*, précité, p. 591), dont l’utilisation ferait de l’art. 7 un instrument permettant de trancher des questions de politique générale. L’« intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique établi en droit international et en droit canadien. Le Canada est signataire de conventions internationales qui assimilent « l’intérêt supérieur de l’enfant » à un principe juridique : voir la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1), et la *Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes*, R.T. Can. 1982 n° 31, al. 5b) et 16(1)d). Maintes lois canadiennes décrivent expressément l’« intérêt supérieur de l’enfant » comme un élément à prendre en considération sur le plan juridique : voir, par exemple, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 28, 60, 67, 68 et 69; la *Loi sur le*

with references to the “best interests of the child” as a legal principle of paramount importance: though not an exhaustive list, examples include: *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1); *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 1(a); *Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 19(a). Clearly, the “best interests of the child” has achieved the status of a legal principle; the first requirement is met.

10

However, the “best interests of the child” fails to meet the second criterion for a principle of fundamental justice: consensus that the principle is vital or fundamental to our societal notion of justice. The “best interests of the child” is widely supported in legislation and social policy, and is an important factor for consideration in many contexts. It is not, however, a foundational requirement for the dispensation of justice. Article 3(1) of the *Convention on the Rights of the Child* describes it as “a primary consideration” rather than “the primary consideration” (emphasis added). Drawing on this wording, L’Heureux-Dubé J. noted in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 75:

[T]he decision-maker should consider children’s best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children’s best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children’s interests are given this consideration.

It follows that the legal principle of the “best interests of the child” may be subordinated to other concerns in appropriate contexts. For example, a person convicted of a crime may be sentenced to prison even where it may not be in his or her child’s best interests. Society does not always deem it essential

système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, par. 25(8), 27(1), 30(3) et (4); la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), par. 16(8), (10), 17(5) et (9). Les lois relatives au droit de la famille regorgent de mentions de l’« intérêt supérieur de l’enfant » en tant que principe juridique crucial : sans vouloir donner une liste exhaustive, il y a, par exemple, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, par. 24(1); la *Loi sur les services à l’enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, al. 1a); la *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, al. 19a). De toute évidence, l’intérêt supérieur de l’enfant est devenu un principe juridique; la première condition est donc remplie.

Toutefois, l’« intérêt supérieur de l’enfant » ne satisfait pas à la deuxième condition requise pour constituer un principe de justice fondamentale : le consensus quant à son caractère primordial et fondamental dans la notion de justice de notre société. L’« intérêt supérieur de l’enfant » est largement défendu dans les lois et les politiques sociales, et il constitue un élément important qui doit être pris en considération dans de nombreux contextes. Toutefois, il ne s’agit pas d’une condition essentielle à l’exercice de la justice. Le paragraphe 3(1) de la *Convention relative aux droits de l’enfant* le décrit comme « une considération primordiale » et non comme « la considération primordiale » (je souligne). Se fondant sur cette formulation, la juge L’Heureux-Dubé fait remarquer ce qui suit, dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 75 :

[L]e décideur devrait considérer l’intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l’intérêt supérieur des enfants l’emportera toujours sur d’autres considérations, ni qu’il n’y aura pas d’autres raisons de rejeter une demande d’ordre humanitaire même en tenant compte de l’intérêt des enfants.

Il s’ensuit que le principe juridique qu’est l’« intérêt supérieur de l’enfant » peut être subordonné à d’autres intérêts dans des contextes appropriés. Par exemple, une personne reconnue coupable d’un crime peut être condamnée à l’emprisonnement même si cette peine n’est peut-être pas

that the “best interests of the child” trump all other concerns in the administration of justice. The “best interests of the child”, while an important legal principle and a factor for consideration in many contexts, is not vital or fundamental to our societal notion of justice, and hence is not a principle of fundamental justice.

The third requirement is that the alleged principle of fundamental justice be “capable of being identified with some precision” (*Rodriguez, supra*, at p. 591) and provide a justiciable standard. Here, too, the “best interests of the child” falls short. It functions as a factor considered along with others. Its application is inevitably highly contextual and subject to dispute; reasonable people may well disagree about the result that its application will yield, particularly in areas of the law where it is one consideration among many, such as the criminal justice system. It does not function as a principle of fundamental justice setting out our minimum requirements for the dispensation of justice.

To conclude, “the best interests of the child” is a legal principle that carries great power in many contexts. However, it is not a principle of fundamental justice.

C. *Vagueness and Overbreadth*

(1) Vagueness

The Foundation argues that s. 43 is unconstitutional because first, it does not give sufficient notice as to what conduct is prohibited; and second, it fails to constrain discretion in enforcement. The concept of what is “reasonable under the circumstances” is simply too vague, it is argued, to pass muster as a criminal provision.

conforme à l’intérêt supérieur de son enfant. La société estime qu’il n’est pas toujours essentiel que l’« intérêt supérieur de l’enfant » ait préséance sur tous les autres intérêts en cause dans l’administration de la justice. Bien qu’il constitue un principe juridique important et un élément à prendre en considération dans de nombreux contextes, l’« intérêt supérieur de l’enfant » n’est ni primordial ni fondamental dans la notion de justice de notre société et n’est donc pas un principe de justice fondamentale.

En ce qui concerne la troisième exigence, le principe de justice fondamentale allégué « doi[t] pouvoir être identif[é] avec une certaine précision » (*Rodriguez*, précité, p. 591) et fournir une norme applicable par les tribunaux. Là encore, l’« intérêt supérieur de l’enfant » n’atteint pas le rang de principe de justice fondamentale. Il est un élément, parmi d’autres, qui est pris en considération. Son application ne peut que dépendre fortement du contexte et susciter la controverse; il se peut que des gens raisonnables ne s’accordent pas sur le résultat que produira son application, en particulier dans les domaines du droit, tel le système de justice pénale, où il n’est qu’une considération parmi d’autres. Il ne constitue pas un principe de justice fondamentale qui énonce les conditions minimales essentielles à l’exercice de la justice dans notre pays.

Pour conclure, « l’intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique très puissant dans de nombreux contextes. Cependant, il ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

C. *Imprécision et portée excessive*

(1) Imprécision

La Fondation soutient que l’art. 43 est inconstitutionnel parce que, premièrement, il ne donne pas un avertissement suffisant au sujet de la conduite prohibée, et deuxièmement, il n’empêche pas une application discrétionnaire de ses dispositions. Elle allègue que l’expression « raisonnable dans les circonstances » est simplement trop imprécise pour remplir les conditions nécessaires d’une disposition en matière criminelle.

11

12

13

14 Applying the legal requirements for precision in a criminal statute to s. 43, I conclude that s. 43, properly construed, is not unduly vague.

(a) *The Standard for “Vagueness”*

15 A law is unconstitutionally vague if it “does not provide an adequate basis for legal debate” and “analysis”; “does not sufficiently delineate any area of risk”; or “is not intelligible”. The law must offer a “grasp to the judiciary”: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40. Certainty is not required. As Gonthier J. pointed out in *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*, at pp. 638-39,

conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances. [Emphasis added.]

16 A law must set an intelligible standard both for the citizens it governs and the officials who must enforce it. The two are interconnected. A vague law prevents the citizen from realizing when he or she is entering an area of risk for criminal sanction. It similarly makes it difficult for law enforcement officers and judges to determine whether a crime has been committed. This invokes the further concern of putting too much discretion in the hands of law enforcement officials, and violates the precept that individuals should be governed by the rule of law, not the rule of persons. The doctrine of vagueness is directed generally at the evil of leaving “basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application”: *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), at p. 109.

17 *Ad hoc* discretionary decision making must be distinguished from appropriate judicial interpretation.

Après lui avoir appliqué les conditions de précision auxquelles doit satisfaire une loi en matière criminelle, je conclus que l’art. 43, interprété correctement, n’est pas trop imprécis.

a) *La norme en matière d’« imprécision »*

Une règle de droit est inconstitutionnellement imprécise si elle « ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire » et « une analyse », si elle « ne délimite pas suffisamment une sphère de risque » ou si elle « n’est pas intelligible ». La règle de droit doit donner « prise au pouvoir judiciaire » : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640. La certitude n’est pas requise. Comme l’a souligné le juge Gonthier dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, p. 638-639,

la conduite est guidée par l’approximation. Le processus d’approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d’options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels. [Je souligne.]

Une règle de droit doit établir une norme intelligible tant pour les citoyens qui y sont assujettis que pour les responsables de son application. Les deux sont interreliés. Une règle de droit imprécise empêche le citoyen de se rendre compte qu’il s’aventure sur un terrain où il s’expose à des sanctions pénales. De même, elle complique la tâche des responsables de son application et des juges lorsqu’ils sont appelés à déterminer si un crime a été commis. Elle suscite également la crainte que les responsables de son application disposent d’un pouvoir discrétionnaire trop grand, en plus de violer le principe voulant que les citoyens soient régis par la primauté du droit et non par l’arbitraire individuel. La règle de la nullité pour cause d’imprécision vise généralement à éviter de laisser [TRADUCTION] « aux policiers, aux juges et aux jurys le soin de régler, de façon ponctuelle et subjective, des questions de politique générale fondamentales, ce qui risque d’entraîner une application arbitraire et discriminatoire de la loi » : *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), p. 109.

L’exercice ponctuel d’un pouvoir décisionnel discrétionnaire diffère de l’interprétation judiciaire

Judicial decisions may properly add precision to a statute. Legislators can never foresee all the situations that may arise, and if they did, could not practically set them all out. It is thus in the nature of our legal system that areas of uncertainty exist and that judges clarify and augment the law on a case-by-case basis.

It follows that s. 43 of the *Criminal Code* will satisfy the constitutional requirement for precision if it delineates a risk zone for criminal sanction. This achieves the essential task of providing general guidance for citizens and law enforcement officers.

(b) *Does Section 43 Delineate a Risk Zone for Criminal Sanction?*

The purpose of s. 43 is to delineate a sphere of non-criminal conduct within the larger realm of common assault. It must, as we have seen, do this in a way that permits people to know when they are entering a zone of risk of criminal sanction and that avoids *ad hoc* discretionary decision making by law enforcement officials. People must be able to assess when conduct approaches the boundaries of the sphere that s. 43 provides.

To ascertain whether s. 43 meets these requirements, we must consider its words and court decisions interpreting those words. The words of the statute must be considered in context, in their grammatical and ordinary sense, and with a view to the legislative scheme's purpose and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26. Since s. 43 withdraws the protection of the criminal law in certain circumstances, it should be strictly construed: see *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, at p. 183.

Section 43 delineates who may access its sphere with considerable precision. The terms "school-teacher" and "parent" are clear. The phrase "person

appropriée. Les décisions judiciaires peuvent comme il se doit préciser une loi. Le législateur ne peut jamais prévoir toutes les situations qui peuvent se présenter et, s'il le pouvait, il lui serait pratiquement impossible de toutes les énumérer. Dans notre régime juridique, il est donc naturel qu'il existe des zones d'incertitude et que les juges clarifient et étoffent de façon ponctuelle le droit.

L'article 43 du *Code criminel* satisfera donc à l'exigence constitutionnelle de précision s'il délimite une sphère à l'intérieur de laquelle il existe un risque de sanctions pénales. Il accomplira ainsi la tâche essentielle qui consiste à donner des indications générales aux citoyens et aux responsables de l'application de la loi.

b) *L'article 43 délimite-t-il une sphère de risque de sanctions pénales?*

L'article 43 a pour objet de délimiter une zone de conduite non criminelle à l'intérieur du domaine général des voies de fait simples. Comme nous l'avons vu, il doit le faire de façon à indiquer aux gens jusqu'où ils peuvent aller sans s'exposer à des sanctions pénales et à empêcher les responsables de l'application de la loi d'exercer de manière ponctuelle un pouvoir décisionnel discrétionnaire. Les gens doivent pouvoir évaluer si leur conduite risque de déborder la zone délimitée par l'art. 43.

Pour déterminer si l'art. 43 remplit ces conditions, nous devons examiner les termes qu'il utilise et la jurisprudence qui les interprète. Les termes d'une loi doivent être examinés dans leur contexte, en suivant leur sens ordinaire et grammatical et en tenant compte de l'objet et de l'esprit de la loi ainsi que de l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26. Étant donné qu'il retire la protection du droit criminel dans certaines circonstances, l'art. 43 doit être interprété de manière restrictive : voir l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 183.

L'article 43 détermine avec beaucoup de précision qui peut entrer dans la zone qu'il délimite. Les termes « instituteur » et « père ou mère » sont clairs.

18

19

20

21

standing in the place of a parent” has been held by the courts to indicate an individual who has assumed “all the obligations of parenthood”: *Ogg-Moss, supra*, at p. 190 (emphasis in original). These terms present no difficulty.

22 Section 43 identifies less precisely what conduct falls within its sphere. It defines this conduct in two ways. The first is by the requirement that the force be “by way of correction”. The second is by the requirement that the force be “reasonable under the circumstances”. The question is whether, taken together and construed in accordance with governing principles, these phrases provide sufficient precision to delineate the zone of risk and avoid discretionary law enforcement.

23 I turn first to the requirement that the force be “by way of correction”. These words, considered in conjunction with the cases, yield two limitations on the content of the protected sphere of conduct.

24 First, the person applying the force must have intended it to be for educative or corrective purposes: *Ogg-Moss, supra*, at p. 193. Accordingly, s. 43 cannot exculpate outbursts of violence against a child motivated by anger or animated by frustration. It admits into its sphere of immunity only sober, reasoned uses of force that address the actual behaviour of the child and are designed to restrain, control or express some symbolic disapproval of his or her behaviour. The purpose of the force must always be the education or discipline of the child: *Ogg-Moss, supra*, at p. 193.

25 Second, the child must be capable of benefiting from the correction. This requires the capacity to learn and the possibility of successful correction. Force against children under two cannot be corrective, since on the evidence they are incapable of understanding why they are hit (trial decision (2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 17). A child may also be incapable of learning from the application of force because of disability or some other contextual

Les tribunaux ont statué que l’expression « toute personne qui remplace le père ou la mère » désigne quiconque prend en charge « toutes les obligations qui [. . .] incombent [au père et à la mère] » : *Ogg-Moss*, précité, p. 190 (en italique dans l’original). Ces mots ne posent aucune difficulté.

L’article 43 indique avec moins de précision quelle conduite se situe dans la zone qu’il délimite. Il définit cette conduite de deux manières, premièrement, par la condition que la force soit employée « pour corriger », et deuxièmement, par la condition que la force employée soit « raisonnable dans les circonstances ». La question est de savoir si ces expressions, considérées ensemble et interprétées conformément aux principes applicables, sont suffisamment précises pour délimiter la sphère de risque et éviter l’application discrétionnaire de la loi.

Examinons d’abord la condition que la force soit employée « pour corriger ». Ces mots, examinés conjointement avec la jurisprudence, établissent deux limites au contenu de la zone de conduite protégée.

Premièrement, la personne qui emploie la force doit le faire pour éduquer ou corriger : *Ogg-Moss*, précité, p. 193. Par conséquent, l’art. 43 ne peut pas excuser les accès de violence à l’égard d’un enfant qui sont dûs à la colère ou à la frustration. Il n’admet dans sa zone d’immunité que l’emploi réfléchi d’une force modérée répondant au comportement réel de l’enfant et visant à contrôler ce comportement ou à y mettre fin ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard. L’emploi de la force doit toujours avoir pour objet d’éduquer ou de discipliner l’enfant : *Ogg-Moss*, précité, p. 193.

Deuxièmement, la correction doit pouvoir avoir un effet bénéfique sur l’enfant, ce qui nécessite, d’une part, une capacité de tirer une leçon et, d’autre part, une possibilité de résultat positif. La force employée contre un enfant de moins de deux ans ne peut pas servir à le corriger puisque, selon la preuve, un tel enfant est incapable de comprendre la raison pour laquelle on le frappe (décision de première instance (2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 17).

factor. In these cases, force will not be “corrective” and will not fall within the sphere of immunity provided by s. 43.

The second requirement of s. 43 is that the force be “reasonable under the circumstances”. The Foundation argues that this term fails to sufficiently delineate the area of risk and constitutes an invitation to discretionary *ad hoc* law enforcement. It argues that police officers, prosecutors and judges too often assess the reasonableness of corrective force by reference to their personal experiences and beliefs, rendering enforcement of s. 43 arbitrary and subjective. In support, it points to the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, in which, at p. 109, O’Sullivan J.A. stated that “[t]he discipline administered to the boy in question in these proceedings [a kick to the rear] was mild indeed compared to the discipline I received in my home”.

Against this argument, the law has long used reasonableness to delineate areas of risk, without incurring the dangers of vagueness. The law of negligence, which has blossomed in recent decades to govern private actions in nearly all spheres of human activity, is founded upon the presumption that individuals are capable of governing their conduct in accordance with the standard of what is “reasonable”. But reasonableness as a guide to conduct is not confined to the law of negligence. The criminal law also relies on it. The *Criminal Code* expects that police officers will know what constitutes “reasonable grounds” for believing that an offence has been committed, such that an arrest can be made (s. 495); that an individual will know what constitutes “reasonable steps” to obtain consent to sexual contact (s. 273.2(b)); and that surgeons, in order to be exempted from criminal liability, will judge whether performing an operation is “reasonable” in “all the circumstances of the case” (s. 45).

Il se peut également qu’un enfant soit incapable de tirer une leçon de la force employée contre lui en raison d’une déficience ou de quelque autre facteur contextuel. Dans ce cas, la force n’est pas employée « pour corriger » et ne tombe pas dans la zone d’immunité établie par l’art. 43.

La deuxième condition de l’art. 43 est que la force employée soit « raisonnable dans les circonstances ». Selon la Fondation, cette expression ne délimite pas suffisamment la sphère de risque et constitue une invitation à appliquer l’article de manière discrétionnaire et ponctuelle. Elle soutient que, trop souvent, les policiers, le ministère public et les juges se fondent sur leur expérience et leurs convictions personnelles pour évaluer le caractère raisonnable de la force employée pour infliger une correction, ce qui a pour effet de rendre arbitraire et subjective l’application de l’art. 43. À l’appui de cet argument, elle attire l’attention sur l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, où le juge O’Sullivan affirme, à la p. 109, que [TRADUCTION] « [l]a correction infligée au garçon dont il est question en l’espèce [le coup de pied au derrière] était, en réalité, légère comparativement à celles que j’ai reçues à la maison ».

À l’encontre de cet argument, le droit recourt depuis longtemps au caractère raisonnable pour délimiter des sphères de risque, sans pour autant tomber dans le piège de l’imprécision. Le droit en matière de négligence, qui, au cours des dernières décennies, en est venu à régir les actes privés dans presque tous les domaines de l’activité humaine, repose sur la présomption que les individus sont capables de se comporter conformément à la norme de ce qui est « raisonnable ». Cependant, le caractère raisonnable, à titre de guide de conduite, n’est pas restreint au droit en matière de négligence. Le droit criminel y recourt également. Selon le *Code criminel*, les policiers sont censés savoir ce qui constitue des « motifs raisonnables » de croire qu’une infraction a été commise, de manière à pouvoir effectuer une arrestation (art. 495), une personne est censée savoir quelles « mesures raisonnables » sont requises pour obtenir le consentement à un contact sexuel (al. 273.2b)), et, afin d’échapper à toute responsabilité

26

27

These are merely a few examples; the criminal law is thick with the notion of “reasonableness”.

28 The reality is that the term “reasonable” gives varying degrees of guidance, depending upon the statutory and factual context. It does not insulate a law against a charge of vagueness. Nor, however, does it automatically mean that a law is void for vagueness. In each case, the question is whether the term, considered in light of principles of statutory interpretation and decided cases, delineates an area of risk and avoids the danger of arbitrary *ad hoc* law enforcement.

29 Is s. 43’s reliance on reasonableness, considered in this way, unconstitutionally vague? Does it indicate what conduct risks criminal sanction and provide a principled basis for enforcement? While the words on their face are broad, a number of implicit limitations add precision.

30 The first limitation arises from the behaviour for which s. 43 provides an exemption, simple non-consensual application of force. Section 43 does not exempt from criminal sanction conduct that causes harm or raises a reasonable prospect of harm. It can be invoked only in cases of non-consensual application of force that results neither in harm nor in the prospect of bodily harm. This limits its operation to the mildest forms of assault. People must know that if their conduct raises an apprehension of bodily harm they cannot rely on s. 43. Similarly, police officers and judges must know that the defence cannot be raised in such circumstances.

31 Within this limited area of application, further precision on what is reasonable under the circumstances may be derived from international treaty obligations. Statutes should be construed to comply with Canada’s international obligations: *Ordon*

pénale, les chirurgiens sont censés déterminer s’il est « raisonnable » de pratiquer une opération compte tenu de « toutes les [...] circonstances de l’espèce » (art. 45). Ce ne sont là que quelques exemples; le droit criminel est imprégné de la notion de « caractère raisonnable ».

En réalité, le terme « raisonnable » offre plus ou moins d’indications, selon le contexte législatif et factuel. Il n’empêche pas de taxer d’imprécision une loi. Toutefois, il ne signifie pas automatiquement non plus qu’une loi est nulle pour cause d’imprécision. Dans chaque cas, il s’agit de savoir si ce terme, considéré à la lumière des principes d’interprétation législative et de la jurisprudence, délimite une sphère de risque et écarte le danger d’application ponctuelle et arbitraire de la loi.

Vu sous cet angle, le caractère raisonnable évoqué à l’art. 43 est-il inconstitutionnellement imprécis? Indique-t-il quelle conduite peut donner lieu à des sanctions pénales et fournit-il une base rationnelle pour l’application de la loi? Bien qu’à première vue les termes utilisés soient généraux, un certain nombre de limites implicites contribuent à en préciser le sens.

La première limite découle du comportement pour lequel l’art. 43 établit une exception, à savoir le simple emploi non consensuel de la force. L’article 43 ne soustrait pas à des sanctions pénales la conduite causant un préjudice ou suscitant un risque raisonnable de préjudice. Cette disposition peut être invoquée seulement dans les cas où l’emploi non consensuel de la force ne cause aucun préjudice ou ne risque pas de causer des lésions corporelles. Cela contribue à en limiter l’application aux formes de voies de fait les plus légères. Les gens doivent savoir qu’ils ne pourront pas invoquer l’art. 43 si leur conduite paraît susceptible de causer des lésions corporelles. De même, les policiers et les juges doivent savoir que ce moyen de défense ne peut pas être invoqué dans ces circonstances.

À l’intérieur de ce champ d’application limité, les obligations découlant des traités internationaux peuvent permettre de préciser davantage ce qui est raisonnable dans les circonstances. Les lois doivent être interprétées d’une manière conforme aux

Estate v. Grail, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137. Canada's international commitments confirm that physical correction that either harms or degrades a child is unreasonable.

Canada is a party to the United Nations *Convention on the Rights of the Child*. Article 5 of the Convention requires state parties to

respect the responsibilities, rights and duties of parents or . . . other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention.

Article 19(1) requires the state party to

protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child. [Emphasis added.]

Finally, Article 37(a) requires state parties to ensure that “[n]o child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (emphasis added). This language is also found in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada is a party. Article 7 of the Covenant states that “[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.” The preamble to the *International Covenant on Civil and Political Rights* makes it clear that its provisions apply to “all members of the human family”. From these international obligations, it follows that what is “reasonable under the circumstances” will seek to avoid harm to the child and will never include cruel, inhuman or degrading treatment.

Neither the *Convention on the Rights of the Child* nor the *International Covenant on Civil and Political Rights* explicitly require state parties to ban all corporal punishment of children. In the process of monitoring compliance with the *International*

obligations internationales du Canada : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137. Les engagements internationaux du Canada confirment que le châtement corporel préjudiciable à l'enfant ou dégradant pour lui est déraisonnable.

Le Canada est signataire de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, dont l'art. 5 exige des États parties qu'ils

respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou [. . .] autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Le paragraphe 19(1) exige des États parties qu'ils veillent à

protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. [Je souligne.]

Enfin, l'alinéa 37a) exige des États parties qu'ils veillent à ce que « [n]ul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (je souligne). Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, dont le Canada est signataire, tient le même langage. L'article 7 de ce pacte prévoit que « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. » Le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* indique clairement que ses dispositions s'appliquent à « tous les membres de la famille humaine ». Compte tenu de ces obligations internationales, il s'ensuit que ce qui est « raisonnable dans les circonstances » s'entend de ce qui ne causera aucun préjudice à l'enfant et ne comprendra jamais un traitement cruel, inhumain ou dégradant.

Ni la *Convention relative aux droits de l'enfant* ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* n'exige explicitement que les États parties interdisent toute infliction d'un châtement corporel à un enfant. Toutefois, en veillant au respect du *Pacte*

Covenant on Civil and Political Rights, however, the Human Rights Committee of the United Nations has expressed the view that corporal punishment of children in schools engages Article 7's prohibition of degrading treatment or punishment: see for example, *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40) (1995), at paras. 426 and 434; *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fourth Session, Supp. No. 40 (A/54/40) (1999), at para. 358; *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fifth Session, Supp. No. 40 (A/55/40) (2000), at paras. 306 and 429. The Committee has not expressed a similar opinion regarding parental use of mild corporal punishment.

34

Section 43's ambit is further defined by the direction to consider the circumstances under which corrective force is used. National and international precedents have set out factors to be considered. Article 3 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, forbids inhuman and degrading treatment. The European Court of Human Rights, in determining whether parental treatment of a child was severe enough to fall within the scope of Article 3, held that assessment must take account of "all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim": Eur. Court H.R., *A. v. United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2699. These factors properly focus on the prospective effect of the corrective force upon the child, as required by s. 43.

35

By contrast, it is improper to retrospectively focus on the gravity of a child's wrongdoing, which invites a punitive rather than corrective focus. "[T]he nature of the offence calling for correction", an additional factor suggested in *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453 (Sask. C.A.), at p. 460, is thus not a relevant contextual consideration. The focus under s. 43 is on the correction of the child, not on the

international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'est dit d'avis que l'art. 7 qui interdit les peines ou traitements dégradants s'applique aux châtiments corporels infligés à des enfants dans les écoles : voir, par exemple, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40) (1995), par. 426 et 434; *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-quatrième session, suppl. n° 40 (A/54/40) (1999), par. 358; *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-cinquième session, suppl. n° 40 (A/55/40) (2000), par. 306 et 429. Le Comité n'a pas formulé d'opinion semblable au sujet des parents qui infligent un châtiment corporel léger.

Le champ d'application de l'art. 43 est en outre défini par la directive de tenir compte des circonstances dans lesquelles la force est employée pour infliger une correction. Les jurisprudences canadienne et internationale ont énoncé des facteurs à prendre en considération. L'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, interdit les traitements inhumains et dégradants. En déterminant si un traitement infligé par des parents à leur enfant était assez grave pour tomber sous le coup de l'art. 3, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'il faut tenir compte de « l'ensemble des données de la cause. Il faut prendre en compte des facteurs tels que la nature et le contexte du traitement, sa durée, ses effets physiques ou mentaux ainsi, parfois, que le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime » : Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2699. Ces facteurs sont axés à bon droit sur l'effet éventuel de la force employée pour corriger l'enfant, comme le requiert l'art. 43.

Par contre, il ne convient pas de mettre a posteriori l'accent sur la gravité du comportement répréhensible de l'enfant, ce qui incite davantage à punir qu'à corriger. Un autre facteur, proposé dans l'arrêt *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453 (C.A. Sask.), p. 460, à savoir [TRADUCTION] « la nature de la faute à l'origine de la correction infligée », n'est donc pas une considération contextuelle pertinente.

gravity of the precipitating event. Obviously, force employed in the absence of any behaviour requiring correction by definition cannot be corrective.

Determining what is “reasonable under the circumstances” in the case of child discipline is also assisted by social consensus and expert evidence on what constitutes reasonable corrective discipline. The criminal law often uses the concept of reasonableness to accommodate evolving mores and avoid successive “fine-tuning” amendments. It is implicit in this technique that current social consensus on what is reasonable may be considered. It is wrong for caregivers or judges to apply their own subjective notions of what is reasonable; s. 43 demands an objective appraisal based on current learning and consensus. Substantial consensus, particularly when supported by expert evidence, can provide guidance and reduce the danger of arbitrary, subjective decision making.

Based on the evidence currently before the Court, there are significant areas of agreement among the experts on both sides of the issue (trial decision, at para. 17). Corporal punishment of children under two years is harmful to them, and has no corrective value given the cognitive limitations of children under two years of age. Corporal punishment of teenagers is harmful, because it can induce aggressive or antisocial behaviour. Corporal punishment using objects, such as rulers or belts, is physically and emotionally harmful. Corporal punishment which involves slaps or blows to the head is harmful. These types of punishment, we may conclude, will not be reasonable.

Contemporary social consensus is that, while teachers may sometimes use corrective force to remove children from classrooms or secure compliance with instructions, the use of corporal punishment by teachers is not acceptable. Many school boards forbid the use of corporal punishment, and

L'article 43 est axé sur la correction infligée à l'enfant et non sur la gravité de l'événement déclencheur. Il est évident que la force employée en l'absence d'un comportement exigeant une correction ne peut, par définition, servir à corriger.

Le consensus social et la preuve d'expert concernant ce qui constitue une correction raisonnable aident aussi à déterminer ce qui est « raisonnable dans les circonstances » en matière de correction infligée à un enfant. Le droit criminel utilise souvent la notion du caractère raisonnable pour tenir compte de l'évolution des mœurs et éviter d'effectuer des « rajustements » au moyen de modifications successives. Cette technique implique qu'il est possible de tenir compte du consensus social de l'heure quant à ce qui est raisonnable. Les gardiens ou les juges ont tort d'appliquer leurs propres notions subjectives de ce qui est raisonnable; l'art. 43 commande une appréciation objective fondée sur l'état des connaissances et le consensus de l'heure. Un large consensus, surtout s'il est étayé par une preuve d'expert, peut fournir des indications et réduire les risques de décision subjective et arbitraire.

Compte tenu de la preuve dont dispose actuellement la Cour, il existe d'importants terrains d'entente chez les experts des deux parties (décision de première instance, par. 17). Le châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans lui est préjudiciable et n'est d'aucune utilité pour corriger vu les limites cognitives d'un enfant de cet âge. Le châtiment corporel infligé à un adolescent est préjudiciable en ce sens qu'il risque de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Le châtiment corporel infligé à l'aide d'un objet, comme une règle ou une ceinture, est préjudiciable physiquement et émotivement. Le châtiment corporel consistant en des gifles ou des coups portés à la tête est préjudiciable. Ces formes de châtiment, pouvons-nous conclure, ne sont pas raisonnables.

Le consensus social de l'heure veut que l'infliction de châtiments corporels par les enseignants soit inacceptable, bien que ces derniers puissent parfois employer la force pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect de directives. De nombreux conseils ou commissions scolaires

36

37

38

some provinces and territories have legislatively prohibited its use by teachers: see, e.g., *Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, c. S-12.2, s. 42; *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76(3); *Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12, s. 23; *School Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, s. 73; *Education Act*, S.N.W.T. 1995, c. 28, s. 34(3); *Education Act*, S.Y. 1989-90, c. 25, s. 36. This consensus is consistent with Canada's international obligations, given the findings of the Human Rights Committee of the United Nations noted above. Section 43 will protect a teacher who uses reasonable, corrective force to restrain or remove a child in appropriate circumstances. Substantial societal consensus, supported by expert evidence and Canada's treaty obligations, indicates that corporal punishment by teachers is unreasonable.

interdisent le châtement corporel. En outre, des lois de certaines provinces et de certains territoires interdisent aux enseignants d'infliger des châtements corporels : voir, par exemple, la *Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, ch. S-12.2, art. 42; la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, par. 76(3); la *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12, art. 23; la *School Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1, art. 73; la *Loi sur l'éducation*, L.T.N.-O. 1995, ch. 28, par. 34(3); la *Loi sur l'éducation*, L.Y. 1989-90, ch. 25, art. 36. Ce consensus est conforme aux obligations internationales du Canada, compte tenu des conclusions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, mentionnées précédemment. L'article 43 protégera l'enseignant qui emploie une force raisonnable pour retenir un enfant ou l'expulser lorsque cela est indiqué. Un large consensus social, étayé par une preuve d'expert et par les obligations découlant des traités dont le Canada est signataire, indique que l'infliction d'un châtement corporel par un enseignant est déraisonnable.

39

Finally, judicial interpretation may assist in defining "reasonable under the circumstances" under s. 43. It must be conceded at the outset that judicial decisions on s. 43 in the past have sometimes been unclear and inconsistent, sending a muddled message as to what is and is not permitted. In many cases discussed by Arbour J., judges failed to acknowledge the evolutive nature of the standard of reasonableness, and gave undue authority to outdated conceptions of reasonable correction. On occasion, judges erroneously applied their own subjective views on what constitutes reasonable discipline — views as varied as different judges' backgrounds. In addition, charges of assaultive discipline were seldom viewed as sufficiently serious to merit in-depth research and expert evidence or the appeals which might have permitted a unified national standard to emerge. However, "[t]he fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal": *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1157. This case, and those that build on it, may permit a more uniform approach to "reasonable under the circumstances" than has prevailed in the past. Again, the issue is not whether s. 43 has provided enough guidance in the past, but

Enfin, l'interprétation judiciaire peut être utile pour déterminer le sens de l'expression « raisonnable dans les circonstances » contenue à l'art. 43. Il faut reconnaître, au départ, que la jurisprudence relative à l'art. 43 manque parfois de clarté et de cohérence et transmet un message confus quant à ce qui est permis et à ce qui ne l'est pas. Dans une bonne partie de la jurisprudence analysée par la juge Arbour, les juges n'ont pas reconnu la nature évolutive de la norme du caractère raisonnable et ont indûment appliqué des notions dépassées de la correction raisonnable. Dans certains cas, les juges ont appliqué à tort leur propre perception subjective de ce qui constitue une correction raisonnable — perception qui variait selon l'expérience de chacun. En outre les accusations de correction constituant des voies de fait étaient rarement considérées comme suffisamment graves pour justifier une recherche et une preuve d'expert poussées ou des appels qui auraient pu permettre de dégager une norme nationale unifiée. Cependant, « [l]e fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal » : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1157. Il se peut que la présente affaire et celles qui

whether it expresses a standard that can be given a core meaning in tune with contemporary consensus.

When these considerations are taken together, a solid core of meaning emerges for “reasonable under the circumstances”, sufficient to establish a zone in which discipline risks criminal sanction. Generally, s. 43 exempts from criminal sanction only minor corrective force of a transitory and trifling nature. On the basis of current expert consensus, it does not apply to corporal punishment of children under two or teenagers. Degrading, inhuman or harmful conduct is not protected. Discipline by the use of objects or blows or slaps to the head is unreasonable. Teachers may reasonably apply force to remove a child from a classroom or secure compliance with instructions, but not merely as corporal punishment. Coupled with the requirement that the conduct be corrective, which rules out conduct stemming from the caregiver’s frustration, loss of temper or abusive personality, a consistent picture emerges of the area covered by s. 43. It is wrong for law enforcement officers or judges to apply their own subjective views of what is “reasonable under the circumstances”; the test is objective. The question must be considered in context and in light of all the circumstances of the case. The gravity of the precipitating event is not relevant.

The fact that borderline cases may be anticipated is not fatal. As Gonthier J. stated in *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*, at p. 639, “it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite

pourront s’en inspirer ouvrent la voie à une interprétation plus uniforme que dans le passé de l’expression « raisonnable dans les circonstances ». Là encore, la question n’est pas de savoir si l’art. 43 a donné suffisamment d’indications dans le passé, mais plutôt de savoir s’il établit une norme dont le sens fondamental peut s’harmoniser avec le consensus de l’heure.

Prises ensemble, ces considérations permettent de dégager de l’expression « raisonnable dans les circonstances » un sens fondamental solide qui est suffisant pour délimiter une sphère à l’intérieur de laquelle la correction infligée risque de donner lieu à des sanctions pénales. De façon générale, l’art. 43 ne soustrait aux sanctions pénales que l’emploi d’une force légère — ayant un effet transitoire et insignifiant — pour infliger une correction. Les experts s’accordent actuellement pour dire que cet article ne s’applique pas au châtime corporel infligé à un enfant de moins de deux ans ou à un adolescent. La conduite dégradante, inhumaine ou préjudiciable n’est pas protégée. La correction comportant l’utilisation d’un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête est déraisonnable. Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtime corporel à un enfant. Si on ajoute à cela l’exigence que la conduite vise à infliger une correction, ce qui exclut la conduite résultant de la frustration, de l’emportement ou du tempérament violent du gardien, il se dessine une image uniforme du champ d’application de l’art. 43. Les responsables de l’application de la loi ou les juges ont tort d’appliquer leur propre perception subjective de ce qui est « raisonnable dans les circonstances »; le critère applicable est objectif. La question doit être examinée en fonction du contexte et de toutes les circonstances de l’affaire. La gravité de l’événement déclencheur n’est pas pertinente.

Le fait que des cas limites soient prévisibles n’est pas fatal. Comme l’a affirmé le juge Gonthier dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, p. 639, « c’est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites

prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective”.

42 Section 43 achieves this objective. It sets real boundaries and delineates a risk zone for criminal sanction. The prudent parent or teacher will refrain from conduct that approaches those boundaries, while law enforcement officers and judges will proceed with them in mind. It does not violate the principle of fundamental justice that laws must not be vague or arbitrary.

43 My colleague, Arbour J., by contrast, takes the view that s. 43 is unconstitutionally vague, a point of view also expressed by Deschamps J. Arbour J. argues first that the foregoing analysis amounts to an impermissible reading down of s. 43. This contention is answered by the evidence in this case, which established a solid core of meaning for s. 43; to construe terms like “reasonable under the circumstances” by reference to evidence and argument is a common and accepted function of courts interpreting the criminal law. To interpret “reasonable” in light of the evidence is not judicial amendment, but judicial interpretation. It is a common practice, given the number of criminal offences conditioned by the term “reasonable”. If “it is the function of the appellate courts to rein in overly elastic interpretations” (Binnie J., at para. 122), it is equally their function to define the scope of criminal defences.

44 Arbour J. also argues that unconstitutional vagueness is established by the fact that courts in the past have applied s. 43 inconsistently. Again, the inference does not follow. Vagueness is not argued on the basis of whether a provision has been interpreted consistently in the past, but whether it is capable of providing guidance for the future. Inconsistent and erroneous applications are not uncommon in criminal law, where many provisions admit of difficulty;

de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste ».

L’article 43 atteint cet objectif. Il trace de vraies lignes de démarcation et délimite une sphère de risque de sanctions pénales. Le père, la mère ou l’instituteur prudent s’abstiendra d’adopter une conduite risquant de franchir ces lignes de démarcation, alors que les responsables de l’application de la loi et les juges les garderont à l’esprit. Cette disposition ne viole pas le principe de justice fondamentale voulant que les lois ne soient ni imprécises ni arbitraires.

Par contre, ma collègue la juge Arbour estime que l’art. 43 est inconstitutionnellement imprécis, un point de vue partagé par la juge Deschamps. Elle affirme, d’abord, que l’analyse qui précède représente une interprétation atténuée inacceptable de l’art. 43. Cette affirmation est démentie par la preuve soumise en l’espèce, qui confère à l’art. 43 un sens fondamental solide; l’interprétation d’une expression du genre « raisonnable dans les circonstances » fondée sur la preuve et l’argumentation soumise est une pratique judiciaire courante et acceptée en matière de droit criminel. L’interprétation du mot « raisonnable » fondée sur la preuve soumise constitue un exercice d’interprétation judiciaire et non pas une modification de la loi par voie judiciaire. Cette pratique est courante compte tenu du nombre d’infractions criminelles dont l’existence dépend du mot « raisonnable ». S’il « revient aux tribunaux d’appel de refréner les interprétations exagérément élastiques » (le juge Binnie, par. 122), il leur appartient également de définir la portée des moyens de défense pouvant être invoqués en matière criminelle.

La juge Arbour affirme également que le fait que les tribunaux aient appliqué l’art. 43 de manière incohérente dans le passé prouve que cet article est inconstitutionnellement imprécis. Là encore, cette inférence n’est pas possible. L’imprécision est invoquée non pas en fonction de la question de savoir si une disposition a été interprétée de manière uniforme dans le passé, mais plutôt en fonction de celle de savoir si elle peut donner des indications à

we do not say that this makes them unconstitutional. Rather, we rely on appellate courts to clarify the meaning so that future application may be more consistent. I agree with Arbour J. that Canadians would find the decisions in many of the past cases on s. 43 to be seriously objectionable. However, the discomfort of Canadians in the face of such unwarranted acts of violence toward children merely demonstrates that it is possible to define what corrective force is reasonable in the circumstances. Finally, Arbour J. argues that parents who face criminal charges as a result of corrective force will be able to rely on the defences of necessity and “*de minimis*”. The defence of necessity, I agree, is available, but only in situations where corrective force is not in issue, like saving a child from imminent danger. As for the defence of *de minimis*, it is equally or more vague and difficult in application than the reasonableness defence offered by s. 43.

(2) Overbreadth

Section 43 of the *Criminal Code* refers to corrective force against children generally. The Foundation argues that this is overbroad because children under the age of two are not capable of correction and children over the age of 12 will only be harmed by corrective force. These classes of children, it is argued, should have been excluded.

This concern is addressed by Parliament’s decision to confine the exemption to reasonable correction, discussed above. Experts consistently indicate that force applied to a child too young to be capable of learning from physical correction is not corrective force. Similarly, current expert consensus indicates that corporal punishment of teenagers creates a serious risk of psychological harm: employing it would thus be unreasonable. There may however be

l’avenir. Les applications incohérentes et erronées sont courantes en droit criminel, où maintes dispositions peuvent poser des difficultés; cela n’en fait pas pour autant des dispositions inconstitutionnelles. Nous comptons plutôt sur les cours d’appel pour en clarifier le sens de manière à en assurer une application plus uniforme à l’avenir. Je conviens avec la juge Arbour que les Canadiens et Canadiennes jugeraient fort contestables un bon nombre des décisions déjà rendues au sujet de l’art. 43. Cependant, leur malaise face à cette violence injustifiée dont sont victimes des enfants montre qu’il est possible de déterminer quelle force employée pour infliger une correction est raisonnable dans les circonstances. Enfin, la juge Arbour affirme que les parents qui feront l’objet d’accusations criminelles après avoir employé la force pour infliger une correction pourront invoquer les moyens de défense fondés sur la nécessité et le principe *de minimis*. Je conviens qu’il est possible d’invoquer la nécessité comme moyen de défense, mais seulement dans des cas où il n’est pas question de force employée pour infliger une correction, notamment dans celui où il s’agissait de protéger un enfant contre un danger imminent. Quant au moyen de défense fondé sur le principe *de minimis*, il est aussi, sinon plus, imprécis et difficile à appliquer que le moyen de défense fondé sur le caractère raisonnable que prévoit l’art. 43.

(2) Portée excessive

L’article 43 du *Code criminel* mentionne la force employée pour corriger les enfants en général. La Fondation soutient que cette disposition a une portée excessive du fait que les enfants de moins de deux ans ne peuvent pas être corrigés et que l’emploi de la force pour corriger des enfants de plus de 12 ans ne leur causera que du tort. Ces catégories d’enfants, fait-on valoir, auraient dû être exclues.

Le législateur a répondu à cette préoccupation en décidant de limiter l’exemption à la correction raisonnable analysée précédemment. Les experts ont constamment indiqué que la force employée contre un enfant trop jeune pour pouvoir tirer une leçon d’un châtement corporel n’est pas destinée à infliger une correction. De même, selon le consensus qui règne actuellement chez les experts, l’infligation d’un châtement corporel à un adolescent risque

45

46

instances in which a parent or school teacher reasonably uses corrective force to restrain or remove an adolescent from a particular situation, falling short of corporal punishment. Section 43 does not permit force that cannot correct or is unreasonable. It follows that it is not overbroad.

II. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 12 of the *Charter*?

47 Section 12 of the *Charter* guarantees “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. The Foundation argues that s. 43 offends s.12 by authorizing the use of corrective force against children. In order to engage s. 12, the Foundation must show both (a) that s. 43 involves some treatment or punishment by the state (*Rodriguez, supra*, at pp. 608-9), and (b) that such treatment is “cruel and unusual”. These conditions are not met in this case.

48 Section 43 exculpates corrective force by parents or teachers. Corrective force by parents in the family setting is not treatment by the state. Teachers, however, may be employed by the state, raising the question of whether their use of corrective force constitutes “treatment” by the state.

49 It is unnecessary to answer this question since the conduct permitted by s. 43 does not in any event rise to the level of being “cruel and unusual”, or “so excessive as to outrage standards of decency”: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 34. Section 43 permits only corrective force that is reasonable. Conduct cannot be at once both reasonable and an outrage to standards of decency. Corrective force that might rise to the level of “cruel and unusual” remains subject to criminal prosecution.

sérieusement de lui causer un préjudice psychologique : l’infliction d’un tel châtement serait donc déraisonnable. Il peut cependant y avoir des cas où un père, une mère ou un instituteur emploie raisonnablement la force pour retenir un adolescent ou le soustraire à une situation particulière, sans pour autant lui infliger un châtement corporel. L’article 43 ne permet pas l’emploi de la force qui ne peut pas avoir l’effet d’une correction ou qui n’est pas raisonnable. Il n’a donc pas une portée excessive.

II. L’article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l’article 12 de la *Charte*?

L’article 12 de la *Charte* garantit le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». La Fondation fait valoir que l’art. 43 contrevient à l’art. 12 en autorisant l’emploi de la force pour corriger un enfant. Pour que l’art. 12 s’applique, la Fondation doit établir a) que l’art. 43 vise une peine ou un traitement infligé par l’État (*Rodriguez, précité*, p. 608-609) et b) que ce traitement est « cruel et inusité ». Ces conditions ne sont pas remplies en l’espèce.

L’article 43 excuse la force que les parents ou instituteurs emploient pour infliger une correction. La force que les parents emploient pour infliger une correction dans le cadre familial n’est pas un traitement infligé par l’État. Les instituteurs peuvent toutefois être des employés de l’État, ce qui soulève la question de savoir si leur emploi de la force pour infliger une correction constitue un « traitement » infligé par l’État.

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question étant donné que, de toute façon, la conduite autorisée par l’art. 43 n’est ni « cruelle et inusitée » ni « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 34. L’article 43 ne permet que l’emploi d’une force raisonnable pour infliger une correction. Une conduite ne peut pas être à la fois raisonnable et incompatible avec la dignité humaine. L’emploi d’une force éventuellement « cruelle et inusitée » pour infliger une correction peut toujours donner lieu à des poursuites criminelles.

III. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 15 of the *Charter*?

Section 43 permits conduct toward children that would be criminal in the case of adult victims. The Foundation argues that this distinction violates s. 15 of the *Charter*, which provides that “[e]very individual is equal before and under the law” without discrimination. More particularly, the Foundation argues that this decriminalization discriminates against children by sending the message that a child is “less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society”: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 51. This, it argues, offends the purpose of s. 15, to “prevent the violation of essential human dignity and freedom”: *Law, supra*, at para. 51. Equality can be assured, in the Foundation’s submission, only if the criminal law treats simple assaults on children in the disciplinary context the same as it treats simple assaults on adults.

The difficulty with this argument, as we shall see, is that it equates equal treatment with identical treatment, a proposition which our jurisprudence has consistently rejected. In fact, declining to bring the blunt hand of the criminal law down on minor disciplinary contacts of the nature described in the previous section reflects the resultant impact this would have on the interests of the child and on family and school relationships. Parliament’s choice not to criminalize this conduct does not devalue or discriminate against children, but responds to the reality of their lives by addressing their need for safety and security in an age-appropriate manner.

A. *The Appropriate Perspective*

Section 43 makes a distinction on the basis of age, which s. 15(1) lists as a prohibited ground of discrimination. The only question is whether this distinction is discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*.

III. L’article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l’article 15 de la *Charte*?

L’article 43 permet d’adopter envers les enfants une conduite qui serait criminelle si elle était adoptée envers une personne adulte. La Fondation soutient que cette distinction viole l’art. 15 de la *Charte*, qui prévoit que « [l]a loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous » indépendamment de toute discrimination. Plus particulièrement, la Fondation fait valoir que cette décriminalisation est discriminatoire pour les enfants du fait qu’elle transmet le message que l’enfant est « moins capable, ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou [en tant] que membre de la société canadienne » : *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 51. Cela, prétend-elle, contrevient à l’objet de l’art. 15, qui est d’« empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles » : *Law, précité*, par. 51. Selon la Fondation, l’égalité ne peut être garantie que si le droit criminel traite les voies de fait simples commises sur un enfant, en le corrigeant, de la même manière que les voies de fait simples commises sur une personne adulte.

Comme nous le verrons, la difficulté que pose cet argument est qu’il assimile traitement égal à traitement identique, ce que nos tribunaux ont toujours refusé de faire. En fait, refuser l’application systématique du droit criminel au moindre contact disciplinaire du genre décrit dans la section précédente témoigne de l’incidence que cette application aurait sur les intérêts de l’enfant et sur les rapports au sein de la famille et à l’école. Le choix du législateur de ne pas criminaliser cette conduite n’est ni dévalorisant pour les enfants ni discriminatoire envers eux; il est conforme à la réalité de leur vie en répondant à leur besoin de sécurité d’une manière appropriée à leur âge.

A. *La perspective appropriée*

L’article 43 établit une distinction fondée sur l’âge, que le par. 15(1) énumère en tant que motif de discrimination prohibé. Il s’agit seulement de savoir si cette distinction est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

50

51

52

53 Before turning to whether s. 43 is discriminatory, it is necessary to discuss the matter of perspective. The test is whether a reasonable person possessing the claimant's attributes and in the claimant's circumstances would conclude that the law marginalizes the claimant or treats her as less worthy on the basis of irrelevant characteristics: *Law, supra*. Applied to a child claimant, this test may well confront us with the fiction of the reasonable, fully apprised preschool-aged child. The best we can do is to adopt the perspective of the reasonable person acting on behalf of a child, who seriously considers and values the child's views and developmental needs. To say this, however, is not to minimize the subjective component; a court assessing an equality claim involving children must do its best to take into account the subjective viewpoint of the child, which will often include a sense of relative disempowerment and vulnerability.

B. *Is Discrimination Made Out in This Case?*

54 Against this backdrop, the question may be put as follows: viewed from the perspective of the reasonable person identified above, does Parliament's choice not to criminalize reasonable use of corrective force against children offend their human dignity and freedom, by marginalizing them or treating them as less worthy without regard to their actual circumstances?

55 In *Law, supra*, Iacobucci J. listed four factors helpful in answering this question: (1) pre-existing disadvantage; (2) correspondence between the distinction and the claimant's characteristics or circumstances; (3) the existence of ameliorative purposes or effects; and (4) the nature of the interest affected.

56 The first *Law* factor, vulnerability and pre-existing disadvantage, is clearly met in this case. Children are a highly vulnerable group. Similarly, the fourth factor is met. The nature of the interest

Avant de se demander si l'art. 43 est discriminatoire, il est nécessaire d'analyser la question de la perspective. Le critère applicable consiste à déterminer si une personne raisonnable possédant les caractéristiques du demandeur et se trouvant dans la même situation que lui conclurait que le droit marginalise le demandeur ou le considère moins digne d'être reconnu en raison de caractéristiques non pertinentes : *Law, précité*. Appliqué au cas où le demandeur serait un enfant, ce critère risque fort de nous conduire à l'hypothèse fantaisiste de l'enfant d'âge préscolaire, bien informé et raisonnable. Le mieux que nous puissions faire est d'adopter la perspective de la personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement. Cependant, une telle affirmation n'atténue en rien l'élément subjectif; en appréciant une demande fondée sur le droit à l'égalité mettant en cause des enfants, un tribunal doit s'efforcer de tenir compte du point de vue subjectif de l'enfant, qui comportera souvent un sentiment relatif d'impuissance ou de vulnérabilité.

B. *L'existence de discrimination est-elle établie en l'espèce?*

Dans ce contexte, la question peut être posée de la façon suivante : du point de vue de la personne raisonnable mentionnée plus haut, le choix du législateur de ne pas criminaliser l'emploi raisonnable de la force pour corriger un enfant porte-t-il atteinte à la dignité humaine et à la liberté de l'enfant en le marginalisant ou en le jugeant moins digne d'être reconnu, sans égard à sa situation véritable?

Dans l'arrêt *Law, précité*, le juge Iacobucci a énuméré quatre facteurs utiles pour répondre à cette question : (1) le désavantage préexistant, (2) la correspondance entre la distinction et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur, (3) l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration, et (4) la nature du droit touché.

Le premier facteur de l'arrêt *Law*, à savoir la vulnérabilité et la préexistence d'un désavantage, joue clairement en l'espèce. Les enfants forment un groupe très vulnérable. C'est aussi le cas du

affected — physical integrity — is profound. No one contends that s. 43 is designed to ameliorate the condition of another more disadvantaged group: the third factor. This leaves the second factor: whether s. 43 fails to correspond to the actual needs and circumstances of children.

This factor acknowledges that a law that “properly accommodates the claimant’s needs, capacities, and circumstances” will not generally offend s. 15(1): *Law, supra*, at para. 70. “By contrast, a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory”: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 37. The question in this case is whether lack of correspondence, in this sense, exists.

Children need to be protected from abusive treatment. They are vulnerable members of Canadian society and Parliament and the Executive act admirably when they shield children from psychological and physical harm. In so acting, the government responds to the critical need of all children for a safe environment. Yet this is not the only need of children. Children also depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. A stable and secure family and school setting is essential to this growth process.

Section 43 is Parliament’s attempt to accommodate both of these needs. It provides parents and teachers with the ability to carry out the reasonable education of the child without the threat of sanction by the criminal law. The criminal law will decisively condemn and punish force that harms children, is part of a pattern of abuse, or is simply the angry or frustrated imposition of violence against children; in this way, by decriminalizing only minimal force of transient or trivial impact, s. 43 is sensitive to

quatrième facteur. La nature du droit touché — l’intégrité physique — a une grande importance. Personne ne prétend que l’art. 43 est destiné à améliorer la situation d’un autre groupe plus désavantagé : le troisième facteur. Il reste le deuxième facteur : l’absence de correspondance entre l’art. 43 et les besoins et la situation véritables des enfants.

Ce facteur reconnaît qu’en général les règles de droit qui « répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur » ne contreviennent pas au par. 15(1) : *Law*, précité, par. 70. « À l’opposé, une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine essentielle des personnes visées et d’être discriminatoire » : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 37. La question en l’espèce est de savoir s’il y a absence de correspondance dans ce sens.

Les enfants ont besoin de protection contre les mauvais traitements. Ils sont des membres vulnérables de la société canadienne; le législateur et le pouvoir exécutif agissent fort bien en les protégeant contre tout préjudice psychologique ou physique. Ce faisant, le gouvernement répond au besoin crucial qu’ont tous les enfants de vivre dans un milieu sûr. Cependant, il ne s’agit pas du seul besoin des enfants. Ces derniers dépendent également de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu’on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard.

À l’article 43, le législateur tente de répondre à chacun de ces besoins. Il donne aux parents et aux instituteurs la capacité d’assurer à l’enfant une éducation raisonnable sans encourir des sanctions pénales. Le droit criminel condamne et punit résolument l’emploi de la force qui cause des blessures à l’enfant, qui constitue une forme d’abus systématique ou qui n’est simplement que la manifestation violente d’un sentiment de colère ou de frustration à l’égard d’un enfant; de cette façon, en ne décriminalisant

57

58

59

children's need for a safe environment. But s. 43 also ensures the criminal law will not be used where the force is part of a genuine effort to educate the child, poses no reasonable risk of harm that is more than transitory and trifling, and is reasonable under the circumstances. Introducing the criminal law into children's families and educational environments in such circumstances would harm children more than help them. So Parliament has decided not to do so, preferring the approach of educating parents against physical discipline.

que la force minimale ayant un effet transitoire ou insignifiant, l'art. 43 tient compte du besoin de l'enfant de vivre dans un milieu sûr. Cependant, l'art. 43 garantit aussi que le droit criminel ne sera pas appliqué dans le cas où l'emploi de la force fait partie d'un effort véritable d'éduquer l'enfant, s'il ne présente aucun risque raisonnable de causer un préjudice qui ne soit pas purement transitoire et insignifiant et s'il est raisonnable dans les circonstances. L'intervention du droit criminel dans le milieu familial et scolaire des enfants, dans ces circonstances, leur causerait plus de tort que de bien. Le législateur a donc décidé d'agir autrement, préférant l'approche consistant à faire prendre conscience aux parents des effets potentiellement négatifs du châtiment corporel.

60

This decision, far from ignoring the reality of children's lives, is grounded in their lived experience. The criminal law is the most powerful tool at Parliament's disposal. Yet it is a blunt instrument whose power can also be destructive of family and educational relationships. As the Ouimet Report explained:

Cette décision, loin de faire abstraction de la réalité de la vie des enfants, est fondée sur leur expérience de la vie. Le droit criminel est l'outil le plus puissant dont le législateur dispose. Toutefois, c'est un instrument radical dont la puissance peut aussi détruire les rapports au sein de la famille et à l'école. Comme le rapport Ouimet l'a expliqué :

To designate certain conduct as criminal in an attempt to control anti-social behaviour should be a last step. Criminal law traditionally, and perhaps inherently, has involved the imposition of a sanction. This sanction, whether in the form of arrest, summons, trial, conviction, punishment or publicity is, in the view of the Committee, to be employed only as an unavoidable necessity. Men and women may have their lives, public and private, destroyed; families may be broken up; the state may be put to considerable expense: all these consequences are to be taken into account when determining whether a particular kind of conduct is so obnoxious to social values that it is to be included in the catalogue of crimes. If there is any other course open to society when threatened, then that course is to be preferred. The deliberate infliction of punishment or any other state interference with human freedom is to be justified only where manifest evil would result from failure to interfere. [Emphasis added.]

Ce n'est qu'en dernier ressort que, pour essayer de lutter contre une conduite antisociale, certains comportements devraient être désignés comme criminels. Le droit criminel, traditionnellement et peut-être intrinsèquement, comporte l'imposition d'une sanction. Cette sanction, qu'elle se présente sous forme d'arrestation, d'assignation, de procès, de déclaration de culpabilité, de condamnation, de peine ou de publicité, doit, de l'avis du Comité, n'être utilisée qu'en cas de nécessité inéluctable. Des hommes et des femmes peuvent voir leur vie, publique et privée, détruite; des familles peuvent se disloquer; l'État peut avoir à supporter des frais considérables : il faut tenir compte de toutes ces conséquences au moment de déterminer si un mode de comportement nuit tellement aux valeurs sociales qu'il faille l'inclure dans la liste des crimes. Si la société dispose d'un autre recours lorsqu'elle se voit menacée, c'est à ce dernier qu'elle doit accorder la préférence. L'infliction délibérée d'une peine ou tout autre empiètement de l'État sur la liberté humaine ne peuvent se justifier que lorsqu'un mal évident résulterait du défaut d'intervention. [Je souligne.]

(Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969), at pp. 12-13)

(Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction : un lien à forger* (1969), p. 12-13)

Concluding that s. 43 should not be repealed, the Law Reform Commission of Canada pointed out that repeal “could have unfortunate consequences, consequences worse than those ensuing from retention of the section”, and which would “expose the family to the incursion of state law enforcement for every trivial slap or spanking”. “[I]s this”, it asked, “the sort of society in which we would want to live?” (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 38, *Assault* (1984), at p. 44)

The trial judge in this case found that experts on both sides were agreed that only abusive physical conduct should be criminalized and that extending the criminal law to all disciplinary force “would have a negative impact upon families and hinder parental and teacher efforts to nurture children” (trial judge, at para. 17).

The reality is that without s. 43, Canada’s broad assault law would criminalize force falling far short of what we think of as corporal punishment, like placing an unwilling child in a chair for a five-minute “time-out”. The decision not to criminalize such conduct is not grounded in devaluation of the child, but in a concern that to do so risks ruining lives and breaking up families — a burden that in large part would be borne by children and outweigh any benefit derived from applying the criminal process.

The Foundation argues that these harms could be effectively avoided by the exercise of prosecutorial discretion. However, as the Foundation asserts in its argument on vagueness, our goal should be the rule of law, not the rule of individual discretion. Moreover, if it is contrary to s. 15(1) for legislation to deny children the benefit of the criminal law on the basis of their age and consequent circumstances, it is equally discriminatory for a state agent

Concluant que l’art. 43 ne devrait pas être abrogé, la Commission de réforme du droit du Canada a signalé que son abrogation « risquerait [. . .] d’avoir des conséquences malheureuses, pires que celles pouvant découler du maintien de l’article en question », et que « la famille risquerait d’être exposée à la rigueur du droit pénal pour la moindre gifle, la fessée la plus anodine ». « Est-ce là », s’est-elle demandé, « le type de société dans lequel nous voulons vivre? » (Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 38, *Les voies de fait* (1984), p. 51)

Le juge de première instance a conclu, en l’espèce, que les experts des deux parties s’accordaient pour dire que seule la conduite physique abusive devrait être criminalisée et que l’application du droit criminel à tous les cas où la force est employée pour infliger une correction [TRADUCTION] « aurait des conséquences négatives sur les familles et gênerait les efforts des parents et des instituteurs pour éduquer les enfants » (juge de première instance, par. 17).

En fait, sans l’art. 43, le droit canadien général en matière de voies de fait criminaliserait l’emploi de la force qui ne correspond pas à notre perception du châtiment corporel, comme le fait de forcer un enfant à s’asseoir pendant cinq minutes pour qu’il se tranquillise. La décision de ne pas criminaliser une telle conduite est fondée non pas sur une dévalorisation de l’enfant, mais sur la crainte que la criminalisation de cette conduite détruisse des vies et disloque des familles — un fardeau qui, dans une large mesure, serait supporté par les enfants et éclipserait tout avantage susceptible d’émaner du processus pénal.

La Fondation soutient que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite permettrait d’éviter ces effets néfastes. Cependant, comme la Fondation l’affirme dans son argumentation sur l’imprécision, notre objectif devrait être la primauté du droit et non la primauté de la discrétion individuelle. De plus, s’il est contraire au par. 15(1) qu’une mesure législative prive les enfants du bénéfice du droit criminel en raison de leur âge et de la situation qui en résulte,

61

62

63

(e.g., a police officer or prosecutor) to choose not to charge or prosecute on the same basis.

64

The Foundation argues that this is not the original purpose of the law and does not reflect its actual effects. In the Foundation's view, s. 43 was intended, and continues, to promote the view that the use of corrective force against children is not simply permitted for the purposes of the criminal law, but laudable because it is "good for children". In making this argument, the Foundation relies upon s. 43's statement that parents and teachers are "justified" in the use of reasonable corrective force. Considering "justification" in *Ogg-Moss*, *supra*, Dickson J. (as he then was) stated that s. 43 exculpates force in the correction of the child "because it considers such an action not a wrongful, but a *rightful*, one" (p.193 (emphasis in original)). The Foundation submits that as a "justification", s. 43 necessarily identifies praise-worthy conduct.

65

In my view, this position is overstated. We cannot conclude that Parliament intended to endorse using force against children from a single word, without also considering the history and context of the provision. In our first *Criminal Code*, enacted in 1892 (S.C. 1892, c. 29), Parliament used "lawful" instead of "justified" in the analogous provision:

55. It is lawful for every parent, or person in the place of a parent, schoolmaster or master, to use force by way of correction towards any child, pupil or apprentice under his care, provided that such force is reasonable under the circumstances.

It did so even though the term "justified" appeared in other defences such as the use of force to prevent the commission of a major offence (s. 44) and self-defence (s. 45) — defences that we classically associate with moral approval. So at this time, it is clear that Parliament was not asserting

il est tout aussi discriminatoire qu'un mandataire de l'État (par exemple, un policier ou le ministère public) choisisse de ne pas porter d'accusations ou de ne pas engager de poursuites pour les mêmes raisons.

La Fondation fait valoir que cela ne représente pas l'objet initial de la règle de droit en question et ne reflète pas ses effets véritables. Selon la Fondation, l'art. 43 visait, et vise toujours, à promouvoir l'idée que l'emploi de la force pour corriger un enfant est non seulement permis sur le plan du droit criminel, mais encore qu'il est louable parce qu'il est [TRADUCTION] « bon pour les enfants ». En avançant cet argument, la Fondation s'appuie sur l'énoncé de l'art. 43 voulant que les parents et les instituteurs soient « fondé[s] » (« *justified* ») à employer une force raisonnable pour infliger une correction. Dans l'arrêt *Ogg-Moss*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, au sujet de la question de la « justification », que l'art. 43 excuse l'emploi de la force pour corriger l'enfant, « la raison à cela étant qu'une telle action est considérée non comme mauvaise, mais comme *légitime* » (p. 193 (en italique dans l'original)). La Fondation soutient que, à titre de « justification », l'art. 43 décrit nécessairement une conduite louable.

À mon avis, ce point de vue est exagéré. Nous ne pouvons pas déduire d'un seul mot que le législateur a voulu approuver l'emploi de la force contre un enfant, sans examiner également l'historique et le contexte de cette disposition. Dans notre premier *Code criminel*, adopté en 1892 (S.C. 1892, ch. 29), le législateur a utilisé l'expression « a le droit » au lieu de « est fondé » dans la disposition analogue :

55. Tout père et mère ou toute personne qui les remplace, tout maître d'école, instituteur ou patron, a le droit d'employer la force, sous forme de correction, contre un enfant, élève ou apprenti confié à ses soins, pourvu que cette force soit raisonnable dans les circonstances.

Il l'a fait même si l'expression « est justifiable » figurait dans des dispositions créant d'autres moyens de défense comme l'emploi de la force pour empêcher la perpétration d'une infraction grave (art. 44) et pour repousser une attaque (art. 45) — moyens de défense que nous associons

the exempted force was moral or good. It was not until the 1953-54 re-enactment of the *Criminal Code* (S.C. 1953-54, c. 51) that Parliament replaced “it is lawful” with “justified”. We do not know why it did so. We do know that the change was not discussed in Parliament, and that there is no indication that Parliament suddenly felt that the reasonable force in the correction of children now demanded the state’s explicit moral approval. Finally, we know that the government has adopted a program designed to educate parents and caregivers on the potentially negative effects of using corporal punishment against children. Viewing s. 43 in light of its history and the larger legislative and policy context, it is difficult to conclude that Parliament intended by using the word “justify” to send the message that using force against children is “right” or “good”. The essence of s. 43 is not Parliament’s endorsement of the use of force against children; it is the exemption from criminal sanction for their parents and teachers in the course of reasonable correction.

My colleague, Binnie J., suggests that the negative impact of criminalizing minor corrective force is irrelevant to the s. 15 equality analysis and should only be considered at the stage of justifying a breach of s. 15 under s. 1 of the *Charter* (paras. 74 and 85). More particularly, he argues, at para. 100, that “[s]ection 43 protects parents and teachers, not children” (emphasis added), and therefore inquiry into the impugned laws precludes correspondence to children’s needs, capacities and circumstances in the s. 15 analysis. With respect, I cannot agree. The claimants here are children. The *Law* analysis requires that the Court consider whether the limited exemption from criminal sanction for parents and teachers corresponds to the needs of children. This is a necessary step in determining whether the distinction demeans children and treats them as less worthy. We should not artificially truncate the s. 15 equality analysis because similar considerations

habituellement à une approbation morale. Il est donc maintenant clair que le législateur n’affirmait pas que la force visée par l’exemption était morale ou bonne. Ce n’est pas avant la nouvelle édicition du *Code criminel* en 1953-54 (S.C. 1953-54, ch. 51) que le législateur a remplacé « a le droit » par « est fondé ». Nous ignorons ce qui l’a poussé à le faire. Nous savons cependant que cette modification n’a pas été débattue au Parlement et que rien n’indique que le législateur a soudainement considéré que l’emploi d’une force raisonnable pour corriger un enfant requérait désormais l’approbation morale explicite de l’État. Enfin, nous savons que le gouvernement a adopté un programme destiné à faire prendre conscience aux parents et aux gardiens des effets potentiellement négatifs de l’infliction d’un châtement corporel à un enfant. Considérant l’art. 43 à la lumière de son historique et de son contexte législatif et politique général, il est difficile de conclure qu’en utilisant l’expression « est fondé », le législateur a voulu transmettre le message qu’il est « bien » ou « bon » d’employer la force contre les enfants. L’article 43 ne représente pas essentiellement une approbation par le législateur de l’emploi de la force contre les enfants; il soustrait aux sanctions pénales les parents et les instituteurs qui leur infligent une correction raisonnable.

Mon collègue le juge Binnie indique que l’effet négatif de la criminalisation de l’emploi d’une force légère pour infliger une correction n’a rien à voir avec l’analyse de l’égalité fondée sur l’art. 15 et ne doit être pris en considération qu’à l’étape où il s’agit d’examiner si une atteinte aux droits garantis par l’art. 15 est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (par. 74 et 85). Il affirme, en particulier, que « [l]’article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants » (par. 100 (je souligne)) et que, par conséquent, l’examen de la règle de droit contestée, effectué dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 15, ne doit pas consister à se demander si le traitement infligé correspond aux besoins, aux capacités et à la situation des enfants. En toute déférence, je ne suis pas d’accord. En l’espèce, les demandeurs sont des enfants. L’analyse dictée par l’arrêt *Law* oblige la Cour à se demander si l’exemption de sanctions pénales limitée dont

may be relevant to justification in the event a breach of s. 15 is established.

67 Some argue that, even if the overall effect of s. 43 is salutary, for some children the effects of s. 43 will turn out to be more detrimental than beneficial. To this, two responses lie. First, where reasonable corrective force slips into harmful, degrading or abusive conduct, the criminal law remains ready to respond. Secondly, as Iacobucci J. stated in *Law, supra*, compliance with s. 15(1) of the *Charter* does not require “that legislation must always correspond perfectly with social reality” (para. 105). Rather,

[n]o matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable. The fact that some people may fall through a program’s cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected . . .

(*Gosselin, supra*, at para. 55)

68 I am satisfied that a reasonable person acting on behalf of a child, apprised of the harms of criminalization that s. 43 avoids, the presence of other governmental initiatives to reduce the use of corporal punishment, and the fact that abusive and harmful conduct is still prohibited by the criminal law, would not conclude that the child’s dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1). Children often feel a sense of disempowerment and vulnerability; this reality must be considered when assessing the impact of s. 43 on a child’s sense of dignity. Yet, as emphasized, the force permitted is limited and must be set against the reality of a

bénéficient les parents et les instituteurs correspondent aux besoins des enfants. Il s’agit là d’une étape qui doit nécessairement être franchie pour déterminer si la distinction est dégradante pour les enfants et les tient pour moins dignes d’être reconnus. Nous ne devons pas tronquer artificiellement l’analyse de l’égalité fondée sur l’art. 15 pour le motif que des considérations similaires peuvent être utiles pour déterminer, le cas échéant, si une atteinte aux droits garantis par l’art. 15 est justifiée dans le cas où son existence est établie.

D’aucuns soutiennent que, même si, dans l’ensemble, les effets de l’art. 43 sont salutaires, ces effets se révéleront plus préjudiciables que bénéfiques pour certains enfants. Il y a deux façons de répondre à cet argument. Premièrement, le droit criminel est prêt à intervenir lorsque l’emploi de la force raisonnable pour infliger une correction dégénère en conduite préjudiciable, dégradante ou abusive. Deuxièmement, comme le juge Iacobucci l’a précisé dans l’arrêt *Law*, précité, pour respecter le par. 15(1) de la *Charte*, « une loi [ne] doit [pas] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale » (par. 105). Au contraire,

[q]uelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d’un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l’ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché . . .

(*Gosselin*, précité, par. 55)

Je suis convaincu qu’une personne raisonnable qui agit pour le compte d’un enfant et qui est consciente des effets néfastes de la criminalisation que permet d’éviter l’art. 43, de l’existence d’autres initiatives gouvernementales visant à réduire le recours aux châtimens corporels et du fait qu’une conduite abusive et préjudiciable est toujours interdite par le droit criminel, ne conclurait pas qu’une atteinte à la dignité de l’enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1). Les enfants se sentent souvent impuissants et vulnérables; il faut tenir compte de ce fait en évaluant l’incidence de l’art. 43 sur le sentiment de dignité d’un enfant. Cependant, comme je l’ai

child's mother or father being charged and pulled into the criminal justice system, with its attendant rupture of the family setting, or a teacher being detained pending bail, with the inevitable harm to the child's crucial educative setting. Section 43 is not arbitrarily demeaning. It does not discriminate. Rather, it is firmly grounded in the actual needs and circumstances of children. I conclude that s. 43 does not offend s. 15(1) of the *Charter*.

IV. Conclusion

I would dismiss the appeal. The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law has, on behalf of children, brought an important issue of constitutional and criminal law that was not otherwise capable of coming before the Court. This justifies deviating from the normal costs rule and supports an order that both parties bear their own costs throughout.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

souligné, la force autorisée est limitée et doit être évaluée au regard de la réalité de la mère ou du père accusé qui se retrouve pris dans l'engrenage du système de justice pénale, sans compter la destruction du milieu familial qui en résulte, ou de celle de l'enseignant détenu en attendant le versement d'une caution et au tort inévitablement causé au milieu essentiel à l'éducation de l'enfant. L'article 43 ne porte pas arbitrairement atteinte à la dignité. Il n'est pas discriminatoire. Au contraire, il repose fermement sur les besoins et la situation véritables des enfants. Je conclus que l'art. 43 ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law a soulevé, au nom des enfants, une importante question de droit constitutionnel et de droit criminel qui n'aurait autrement pas pu être soumise à la Cour. Cela justifie une dérogation à la règle normale en matière de dépens et la délivrance d'une ordonnance enjoignant à chacune des parties de supporter ses propres dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

69

70

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

The following are the reasons delivered by

71

BINNIE J. (dissenting in part) — A child is guaranteed “equal protection and equal benefit of the law” by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, denies children the protection of the criminal law against the infliction of physical “force” that would be a criminal assault if used against an adult. The sole reason for children being placed in this inferior position is that they are children.

72

Notwithstanding these facts, my colleague, the Chief Justice, is of the view that the equality rights of the child are not infringed by s. 43 because “a reasonable person acting on behalf of a child . . . would not conclude that the child’s dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1)” (para. 68). With all due respect to the majority of my colleagues, there can be few things that more effectively designate children as second-class citizens than stripping them of the ordinary protection of the assault provisions of the *Criminal Code*. Such

4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L’article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

6. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident en partie) — Aux termes du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un enfant a droit « à la même protection et au même bénéfice de la loi ». L’article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prive les enfants de la protection que leur accorde le droit criminel contre l’emploi de la « force » physique, alors que l’emploi de cette force contre un adulte constituerait une infraction criminelle de voies de fait. Les enfants se trouvent dans cette position d’infériorité pour la seule raison qu’ils sont des enfants.

Malgré ces faits, ma collègue la Juge en chef est d’avis que l’art. 43 ne porte pas atteinte aux droits de l’enfant à l’égalité parce qu’« une personne raisonnable qui agit pour le compte d’un enfant [. . .] ne conclurait pas qu’une atteinte à la dignité de l’enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1) » (par. 68). En toute déférence pour mes collègues de la majorité, j’estime que peu de choses peuvent désigner plus efficacement les enfants comme des citoyens de deuxième ordre que le fait de les priver de la protection ordinaire offerte par les dispositions

stripping of protection is destructive of dignity from any perspective, including that of a child. Protection of physical integrity against the use of unlawful force is a fundamental value that is applicable to all. The “dignity” requirement, which gathered full force in this Court’s judgment in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, provides a useful and important insight into the purpose of s. 15(1), but it should not become an unpredictable side-wind powerful enough to single-handedly blow away the protection that the *Criminal Code* would otherwise provide.

I therefore agree with my colleague Deschamps J., albeit for somewhat different reasons, that there has been a *prima facie* infringement of children’s equality rights guaranteed by s. 15(1). I would dismiss the challenges brought by the appellant under s. 7 and s. 12. “Reasonableness” is not a standard that is unconstitutionally vague (s. 7), nor would s. 43 condone corrective force that is “cruel and unusual” (s. 12).

My respectful disagreement with the majority opinion is not only with the narrowed scope of s. 15(1) protection, but with the technique by which this narrowing is accomplished, namely by moving into s. 15(1) a range of considerations that, in my view, ought properly to be left to government justification under s. 1. The Chief Justice states, for example, that there are good reasons for “declining to bring the blunt hand of the criminal law down on minor disciplinary contacts of the nature described in the previous section [with] the resultant impact this would have on the interests of the child and on family and school relationships” (para. 51), and that families should be protected from “the incursion of state law enforcement for every trivial slap or spanking” (para. 60). These are important matters but they are not matters that relate to equality. They relate to a justification to deny equality. These are arguments that say that in light of broader social considerations related to the values of privacy in family life, and *despite* the infringement of the child’s equality

du *Code criminel* relatives aux voies de fait. Les priver ainsi de cette protection porte atteinte à leur dignité, quelle que soit la perspective adoptée, y compris celle d’un enfant. La protection de l’intégrité physique contre l’emploi d’une force illégale est une valeur fondamentale qui s’applique à tous. L’exigence de la « dignité », à laquelle l’arrêt de notre Cour, *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, a donné toute sa vigueur, fournit des éclaircissements utiles et importants sur l’objet du par. 15(1), mais elle ne doit pas devenir un facteur indirect imprévisible assez puissant pour écarter à lui seul la protection que le *Code criminel* offrirait autrement.

Je souscris donc, quoique pour des motifs quelque peu différents, à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps selon laquelle il y a, à première vue, atteinte aux droits des enfants à l’égalité que leur garantit le par. 15(1). Je suis d’avis de rejeter les prétentions de l’appelante qui sont fondées sur les art. 7 et 12. Le « caractère raisonnable » ne constitue pas une norme imprécise au point d’être inconstitutionnelle (art. 7) et l’art. 43 ne cautionne pas l’emploi d’une force qui constituerait une peine « cruelle et inusitée » (art. 12).

Je diverge d’opinion avec mes collègues de la majorité non seulement quant à la portée restreinte qu’elle attribue à la garantie prévue au par. 15(1), mais également quant à la technique qu’ils utilisent pour la restreindre, soit l’inclusion dans l’application du par. 15(1) d’une série de considérations qui, selon moi, devraient plutôt entrer en jeu dans la démonstration de la justification qui incombe au gouvernement en application de l’article premier. La Juge en chef affirme par exemple qu’il existe de bonnes raisons de « refuser l’application systématique du droit criminel au moindre contact disciplinaire du genre décrit dans la section précédente [vu] l’incidence que cette application aurait sur les intérêts de l’enfant et sur les rapports au sein de la famille et à l’école » (par. 51), et que les familles devraient être protégées de « la rigueur du droit pénal pour la moindre gifle, la fessée la plus anodine » (par. 60). Ce sont là des questions importantes, mais elles n’ont pas de lien avec le droit à l’égalité. Elles se rapportent plutôt à la justification d’une

73

74

rights, a degree of parental immunity is nevertheless a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

75 As will be seen, I would uphold s. 43 in relation to parents or those who stand in the place of parents, and in that respect dismiss the appeal. While the equality rights of the children (i.e., persons under 18 years old) are *prima facie* infringed by s. 43, I conclude that in balancing the needs of the claimants against the legitimate needs of our collective social existence, the infringement is a reasonable limit that has been justified under s. 1.

76 On the other hand, the s. 1 justification for extending parent-like protection to teachers is not convincing. In my view, the references to “school-teacher” and “pupil” should be struck out of s. 43 and declared to be null and void.

77 I propose to organize my reasons for these conclusions under the following headings:

1. The proper interpretation of s. 43 of the *Criminal Code*;
2. The scope of s. 15(1) of the *Charter*;
3. The meaning of discrimination and the “correspondence” factor;
4. Resurgence of the “relevance” factor;
5. The violation of human dignity;
6. The s. 1 justification
 - (a) in relation to parents or persons standing in the place of parents;
 - (b) in relation to teachers.

atteinte au droit à l'égalité. Ce sont des arguments visant à établir que, pour des considérations sociales plus générales liées au respect de la vie privée de la famille et *malgré* l'atteinte aux droits de l'enfant à l'égalité, une certaine immunité parentale constitue une limite raisonnable qui peut se justifier dans une société libre et démocratique.

Comme nous le verrons, je suis d'avis de confirmer la validité de l'art. 43 en ce qui concerne les pères et mères, ainsi que les personnes qui les remplacent, et de rejeter le pourvoi sur ce point. Bien que l'art. 43 restreigne à première vue les droits des enfants (c'est-à-dire des personnes de moins de 18 ans) à l'égalité, je conclus qu'après pondération des besoins du groupe visé en regard des besoins légitimes de notre existence sociale collective, cette restriction constitue une limite raisonnable dont la justification a été démontrée au sens de l'article premier.

Par contre, la justification requise par l'article premier pour que soit accordée aux instituteurs une protection semblable à celle garantie aux pères et mères n'est pas convaincante. À mon avis, les mentions de l'« instituteur » et de l'« élève » devraient être retranchées de l'art. 43 et déclarées inopérantes.

Je propose de regrouper les motifs qui fondent ces conclusions sous les intitulés suivants :

1. L'interprétation correcte de l'art. 43 du *Code criminel*;
2. La portée du par. 15(1) de la *Charte*;
3. Le sens du mot « discrimination » et le facteur de la « correspondance »;
4. Nouvel essor du facteur de la « pertinence »;
5. L'atteinte à la dignité humaine;
6. La justification requise par l'article premier
 - a) en ce qui concerne les pères et mères ainsi que les personnes qui les remplacent;
 - b) en ce qui concerne les instituteurs.

1. The Proper Interpretation of Section 43 of the Criminal Code

Section 43 reads as follows:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

In *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, the Court held that the section applied in the case of force applied to “a child” which was held to mean “a person chronologically younger than the age of majority” (p. 186) which, in Ontario, pursuant to the *Age of Majority and Accountability Act*, R.S.O. 1990, c. A.7, s. 1, is 18 years.

As will be discussed, the assault provisions of the *Criminal Code* are extremely broad. In addition to the obvious purpose of maintaining public order, the prohibition of assault and battery has been considered since the time of Blackstone to protect the “sacred” right of everyone to physical inviolability:

... the law cannot draw the line between different degrees of violence, and therefore totally prohibits the first and lowest stage of it; every man’s person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner.

(W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book III, 1768, at p. 120)

More recently, it was stated in this Court:

Clearly, the purpose of the assault scheme is much broader than just the protection of persons from serious physical harm. The assault scheme is aimed more generally at protecting people’s physical integrity.

(*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, L’Heureux-Dubé J. concurring, at para. 11)

The majority read significant limitations into the scope of s. 43 protection, concluding that it provides no defence or justification where force is used (i) against children under two, or (ii) against

1. L’interprétation correcte de l’article 43 du Code criminel

L’article 43 est ainsi rédigé :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Dans l’arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, la Cour a conclu que cette disposition s’appliquait dans les cas où la force employée visait un « enfant », terme qui a été interprété comme signifiant « un mineur » (p. 186), c’est-à-dire, en Ontario, une personne de moins de 18 ans, selon la *Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1990, ch. A.7, art. 1.

Comme nous le verrons plus loin, les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ont une portée extrêmement étendue. Depuis l’époque de Blackstone, on considère qu’outre son objectif évident de maintien de l’ordre public, l’interdiction des voies de fait protège le droit [TRADUCTION] « sacré » de toute personne à son intégrité physique :

... la loi ne peut tirer une ligne de séparation entre divers degrés de violence, et par cette raison elle interdit sans restriction même la moindre violence, la personne de tout homme étant sacrée, et nul n’ayant le droit de lui porter aucune atteinte, quelque légère qu’elle soit.

(W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4, 1823, p. 195-196)

Plus récemment, notre Cour a déclaré ceci :

L’objectif du régime des voies de fait est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime des voies de fait vise, de façon plus générale, à protéger l’intégrité physique des gens.

(*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la juge L’Heureux-Dubé, motifs concordants, par. 11)

Les juges de la majorité introduisent des limites importantes dans leur interprétation de la protection conférée par l’art. 43. Ils concluent que ce dernier n’offre aucun moyen de défense ni justification à la

78

79

80

81

children of any age suffering a disability, or (iii) that “causes harm or raises a reasonable prospect of harm” to children of two years or older, or (iv) that is degrading to children two years or older, or (v) that constitutes corporal punishment of teenagers, or (vi) that includes the use of objects such as a belt on any child of whatever age, or (vii) which involves slaps or blows to the head. Such an interpretive exercise, gearing itself off the references in s. 43 to “correction” and “reasonable under the circumstances”, introduces a series of classifications and sub-classifications which are helpful to the protection of children, but do not relieve a court from the statutory direction to consider what is reasonable in all the circumstances. The accused, too, is entitled to receive the full protection that the s. 43 defence, fairly interpreted, allows. Moreover, my colleagues’ differentiation between the type of protection given to teachers from that given to parents, and the confinement of protection of teachers to matters affecting order in the schools as opposed to more general “correction”, could be seen as going beyond a definition of “the scope of criminal defences” (reasons of the Chief Justice, at para. 43) and pushing the boundary between judicial interpretation and judicial amendment.

personne qui emploie la force (i) contre des enfants de moins de deux ans, (ii) contre des enfants de tout âge souffrant d’un handicap, (iii) « causant un préjudice ou suscitant un risque raisonnable de préjudice » à des enfants de deux ans ou plus, (iv) d’une façon dégradante contre des enfants de deux ans ou plus, (v) pour infliger un châtement corporel à des adolescents, (vi) en utilisant un objet tel qu’une ceinture contre un enfant de tout âge, ou (vii) en administrant des gifles ou des coups à la tête. Pareil exercice d’interprétation, avec pour simple point de départ la mention, à l’art. 43, de la force employée « pour corriger » qui est « raisonnable dans les circonstances », crée une série de catégories et de sous-catégories qui contribuent à la protection des enfants, mais qui ne dispensent pas un tribunal de l’obligation que la loi lui impose de déterminer ce qui est raisonnable eu égard à toutes les circonstances. L’accusé a lui aussi droit à la protection complète que lui offre le moyen de défense fondé sur l’art. 43, interprété de manière équitable. En outre, certains pourraient croire qu’en établissant une distinction entre le type de protection accordé aux instituteurs et celui accordé aux pères et mères, et en restreignant la protection des instituteurs aux affaires qui concernent le maintien de l’ordre dans les écoles, par opposition à l’objectif plus général de « correction », mes collègues ne se contentent pas de définir « la portée des moyens de défense pouvant être invoqués en matière criminelle » (motifs de la Juge en chef, par. 43) et repoussent la frontière entre l’interprétation judiciaire et la modification de la loi par voie judiciaire.

82

Nevertheless, as my disagreement with the majority relates to the interpretation of s. 15(1) of the *Charter*, rather than statutory interpretation, these reasons will focus on s. 15(1) and its relationship to s. 1. The interpretation of s. 43 offered by the Chief Justice still leaves considerable scope for “corporal punishment” of children between 2 and 12, including “sober, reasoned uses of force” (para. 24) and “corrective force to restrain or remove an adolescent [i.e., 12 to 18 years old] from a particular situation, falling short of corporal punishment” (para. 46). Section 43, thus interpreted, still withholds from children protection of their physical integrity in circumstances where the

Cependant, comme mon désaccord avec les juges de la majorité touche l’interprétation du par. 15(1) de la *Charte*, et non l’interprétation de la loi, les présents motifs porteront essentiellement sur le par. 15(1) et sur son rapport avec l’article premier. L’interprétation de l’art. 43 proposée par la Juge en chef laisse encore une place considérable aux « châtements corporels » infligés aux enfants âgés de 2 à 12 ans, notamment à « l’emploi réfléchi d’une force modérée » (par. 24) et à la « la force pour retenir un adolescent [c.-à-d. entre 12 et 18 ans] ou le soustraire à une situation particulière, sans pour autant lui infliger un châtement corporel » (par. 46). Ainsi interprété, l’art. 43 prive encore les enfants de la

amount of force used would be criminal if used against an adult.

2. The Scope of Section 15(1) of the Charter

The legislative history of s. 15 is of some interest here. As originally proposed, what is now s. 15(1) was more tightly circumscribed. The original draft provided:

Non-discrimination Rights

Everyone has the right to equality before the law and to the equal protection of the law without discrimination because of race, national or ethnic origin, colour, religion, age or sex.

(The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada (1980), at p. 20)

As a result of the deliberations of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution, s. 15(1) as recommended and ultimately adopted had blossomed into a full equality rights clause:

Equality Rights

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The addition of the words “and, in particular” was seemingly designed to bifurcate the section, thereby liberating the first branch (the broad equality right) from the confines of the second branch (the traditional grounds of prohibited discrimination). Thus there were some early judicial efforts to measure legislative classifications against the principles of equal protection and equal benefit of the law even where the ground of distinction did not relate to an enumerated or analogous ground: see, e.g., *Streng v. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734 (Ont. H.C.); *Jones v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737 (H.C.); and *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373

protection de leur intégrité physique dans des circonstances où la force employée serait suffisante pour être criminelle si elle était employée contre un adulte.

2. La portée du paragraphe 15(1) de la Charte

L’historique législatif du par. 15 présente un certain intérêt en l’espèce. À l’origine, ce qui constitue maintenant le par. 15(1) était plus strictement limité. Le projet original était ainsi rédigé :

Droits à la non-discrimination

Tous sont égaux devant la loi et ont droit à la même protection de la loi, indépendamment de toute distinction fondée sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge ou le sexe.

(La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada (1980), p. 21)

À la suite des délibérations du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, le par. 15(1), tel qu’il a été recommandé et finalement adopté, est devenu une disposition garantissant les droits à l’égalité complète :

Droits à l’égalité

La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L’ajout du mot « notamment » semblait viser à scinder la disposition et, par le fait même, à libérer le premier volet (le droit général à l’égalité) des limites établies dans le second (les motifs traditionnels de discrimination interdite). Par conséquent, les cours de justice se sont efforcées, au début, d’examiner les classifications législatives au regard des principes d’égalité de bénéfice et de protection de la loi, même lorsque le motif de discrimination n’était pas lié à un des motifs énumérés ou analogues : voir, p. ex., *Streng c. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734 (H.C. Ont.); *Jones c. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737 (H.C.); et *Piercey c. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th)

83

84

(Nfld. S.C. (T.D.)). This Court, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, concluded that a narrower view of s. 15(1) would best fulfill its purpose. McIntyre J. identified differential treatment on the basis of the listed or analogous personal characteristics as an essential condition precedent to s. 15(1) relief. However wise that interpretation, based as much as anything on the judiciary's reluctance to accept an invitation to second-guess Parliament on every legislative classification, irrespective of the ground giving rise to the distinction, *Andrews* nevertheless had the effect of narrowing the potential constituency of s. 15(1) claimants. Complainants who argued generally about unequal treatment were held not to be covered. A claimant had to identify a particular basis for the unequal treatment and show that the basis thus identified resided in a personal characteristic, either listed in s. 15(1) or analogous to those that were listed.

85 We should be careful in this case not to additionally circumscribe s. 15(1) protection by burdening those who still remain within its coverage with making proof of matters (sometimes proof of a negative) that ought to be dealt with by governments by way of justification under s. 1.

3. The Meaning of Discrimination and the “Correspondence” Factor

86 In *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 110, a majority of the Court summarized the approach to s. 15(1) claims as follows:

It is now clearly established that the [equality] analysis proceeds in three stages with close regard to context. At the first stage the claimant must show that the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others with whom the claimant may fairly claim equality. The second stage requires the claimant to demonstrate that this differentiation is based on one or more of the enumerated or analogous grounds. The third stage requires the claimant to establish that the

373 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)). Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a conclu qu'une interprétation plus restrictive du par. 15(1) permettrait de mieux en réaliser l'objet. Le juge McIntyre a précisé que l'existence d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle énumérée ou analogue était une condition essentielle à l'obtention d'une réparation fondée sur le par. 15(1). Pour sage que soit cette interprétation, qui repose en grande partie sur la réticence des tribunaux à évaluer rétrospectivement chaque classification législative établie par le législateur, indépendamment du motif de distinction, l'arrêt *Andrews* a eu pour effet de réduire le nombre de demandeurs potentiellement visés par le par. 15(1). Les plaignants qui alléguaient de façon générale avoir été victimes de traitement inégal ont été jugés exclus. Le demandeur devait préciser le motif particulier sur lequel était fondé le traitement inégal allégué et prouver que ce motif correspondait à une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou à une caractéristique analogue.

Il faut éviter en l'espèce de circonscrire davantage la protection offerte par le par. 15(1) en imposant à ceux qui demeurent visés par ce dernier le fardeau de prouver des faits (parfois par la négative) qu'il incombe aux gouvernements d'établir dans le cadre de la justification requise par l'article premier.

3. Le sens du terme « discrimination » et le facteur de la « correspondance »

Dans l'affaire *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 110, les juges majoritaires ont résumé ainsi la démarche à adopter pour statuer sur les demandes fondées sur le par. 15(1) :

Il est maintenant clairement établi que l'analyse [concernant l'égalité] comporte trois étapes et qu'une grande attention est accordée au contexte. À la première étape, le demandeur doit démontrer que la loi, le programme ou l'activité a pour effet d'imposer une différence de traitement entre lui et d'autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité. À la deuxième étape, le demandeur doit établir que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés

differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant's human dignity. The "dignity" aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision.

See also *Law, supra*, at para. 39, and *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 17.

The Crown concedes that a formal distinction is made in s. 43 on the basis of age, viz., an enumerated ground. However, as the cases have held, distinctions made on enumerated or analogous grounds do not necessarily amount to discrimination. The debate, therefore, shifts to whether the distinction made in s. 43 amounts, in law, to discrimination.

The nature of the children's interest, physical integrity, clearly warrants constitutional protection.

There is no doubt, in my view, that s. 43 is caught by the definition of discrimination given by McIntyre J. in *Andrews, supra*, at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Applying this definition to s. 43, it cannot be disputed that s. 43 intentionally withholds from children the benefit available to everyone else (i.e., adults) of the protection of the assault provisions of the *Criminal Code* in the circumstances therein contemplated, and that the only reason for this withholding is that they are children. Protection of the *Criminal Code* is an advantage. Applying the

ou motifs analogues. À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L'aspect « dignité » du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l'objet de la disposition relative à l'égalité.

Voir aussi *Law*, précité, par. 39, et *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 17.

Le ministère public concède que l'art. 43 établit une distinction formelle fondée sur l'âge, l'un des motifs énumérés. Cependant, il ressort de la jurisprudence que les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue ne sont pas nécessairement discriminatoires. Le débat porte donc sur la question de savoir si la distinction établie à l'art. 43 constitue, en droit, de la discrimination.

La nature du droit des enfants, savoir leur droit à l'intégrité physique, mérite clairement la protection constitutionnelle.

À mon sens, il ne fait aucun doute que l'art. 43 est visé par la définition du terme « discrimination » donnée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 174-175 :

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Si l'on applique cette définition à l'art. 43, on ne peut nier que cette disposition prive intentionnellement les enfants d'un avantage dont toutes les autres personnes (c.-à-d. les adultes) bénéficient, soit de la protection conférée par les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait dans les circonstances prévues, et qu'ils en sont privés pour la seule raison qu'ils sont des enfants. La protection qu'offre

87

88

89

Andrews test as originally laid down, therefore, I believe the claimant has established a *prima facie* breach of s. 15(1).

90

In *Law*, this Court, speaking through Iacobucci J., expressly endorsed the *Andrews* test (paras. 22 and 26), but also went on to synthesize the subsequent case law into a series of propositions designed to add structure to the s. 15(1) analysis. This included the identification of four contextual factors as markers for distinctions that amount to discrimination, “although”, as Iacobucci J. pointed out, “there are undoubtedly others, and not all four factors will necessarily be relevant in every case” (para. 62). The purpose of the contextual factors is to focus attention on the impact of the impugned law — how “severe and localized the . . . consequences [are] on the affected group” (see *Gosselin, supra*, at para. 63, citing *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63).

91

The Chief Justice agrees that three of these four contextual factors point to discrimination in this case, including (i) the pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice directed at children, (ii) the nature and scope of the children’s interests affected, namely their physical integrity, and (iii) the fact that s. 43 does not have an ameliorative purpose or effect for a more disadvantaged group. In my colleague’s view, these markers of discrimination are outweighed by the importance of the fourth “contextual factor”, i.e., the alleged correspondence between the actual needs and circumstances of children and the diminished protection they enjoy under s. 43. In her view, the objective of substantive equality (as distinguished from formal equality) justifies the differential treatment of children.

92

I agree with my colleague that the first three “contextual factors” support a finding of discrimination. I also agree with Iacobucci J. in *Law* that not every factor is relevant in every case. Not every

le *Code criminel* est un avantage. L’application du critère de l’arrêt *Andrews*, tel qu’il a été formulé à l’origine, me permet donc de croire que la demanderesse a démontré l’existence à première vue d’une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1).

Dans l’arrêt *Law*, notre Cour a expressément retenu, sous la plume du juge Iacobucci, le test établi dans l’arrêt *Andrews* (par. 22 et 26), mais elle a aussi synthétisé la jurisprudence subséquente dans une série de propositions destinées à structurer l’analyse fondée sur le par. 15(1). Elle a notamment dégagé quatre facteurs contextuels qui servent d’indicateurs de l’existence d’une distinction constituant de la discrimination, « bien que », comme l’a souligné le juge Iacobucci, « il en existe évidemment d’autres, et que les quatre facteurs ne soient pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas » (par. 62). Ces facteurs contextuels ont pour objet de mettre l’accent sur le résultat de la mesure législative contestée — à quel point « les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées » (voir *Gosselin*, précité, par. 63, citant *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63).

Selon la Juge en chef, trois de ces quatre facteurs contextuels semblent révéler l’existence d’une discrimination en l’espèce, notamment (i) la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par les enfants, (ii) la nature et l’étendue du droit des enfants qui est touché, à savoir leur droit à l’intégrité physique, et (iii) le fait que l’art. 43 n’a aucun objet ni effet d’amélioration eu égard à un groupe plus défavorisé. Selon ma collègue, l’importance du quatrième « facteur contextuel », c.-à-d., la correspondance alléguée entre, d’une part, les besoins et la situation véritables des enfants et, d’autre part, la protection réduite dont ils bénéficient en vertu de l’art. 43, l’emporte sur ces indicateurs de discrimination. À son avis, l’objectif visé par l’égalité réelle (par opposition à l’égalité formelle) justifie le traitement différent accordé aux enfants.

Je conviens avec ma collègue que les trois premiers « facteurs contextuels » mènent à une conclusion de discrimination. Je souscris aussi à l’opinion du juge Iacobucci dans l’arrêt *Law* selon lequel ces

“contextual factor” will point in the same direction, and judgment is required to weigh up the importance of different elements of the context in a particular case.

The factor of “correspondence” presents special difficulty because of its potential overlap with s. 1. It was described by Iacobucci J. in *Law*, at para. 70, as follows:

... it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant’s actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant’s needs, capacities, and circumstances. [Emphasis added.]

To some extent, the “correspondence” factor was also anticipated in *Andrews* by McIntyre J. when he said, at p. 169:

[T]he accommodation of differences . . . is the essence of true equality. . . .

The “correspondence” factor was also considered in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, where a disabled child was placed, against her parents’ wishes, in a special education class. The Court declined to find that special classes for persons with special disabilities amounted to discrimination. There was a reasonable match between the differential treatment (special classes) and the ground of alleged discrimination (disability), even though special classes undermined achievement of the objective of inclusion. This was outweighed in the circumstances by the fact the special classes were in purpose and effect ameliorative of the young girl’s condition.

The “correspondence” between grounds and the claimant group’s characteristics or circumstances was also a factor supporting the Court’s decision in *Gosselin*, *supra*, that use of a training component in a welfare scheme for recipients under 30 was not discriminatory. The majority held that, “[p]erfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant

facteurs ne sont pas tous pertinents dans chaque cas. Les « facteurs contextuels » n’iront pas tous dans le même sens, et la pondération des différents éléments du contexte particulier de chaque affaire implique un certain jugement.

Le facteur de la « correspondance » pose un problème particulier parce qu’il peut empiéter sur l’article premier. Ce facteur a été décrit ainsi par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, par. 70 :

... il sera plus facile d’établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d’un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur. [Je souligne.]

Dans une certaine mesure, le juge McIntyre a aussi anticipé le facteur de la « correspondance » dans l’arrêt *Andrews* lorsqu’il a dit, à la p. 169 :

[L]e respect des différences [...] est l’essence d’une véritable égalité. . . .

Le facteur de la « correspondance » a aussi été pris en compte dans des affaires comme *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, dans laquelle une enfant handicapée avait été placée dans une classe pour élèves en difficulté contre la volonté de ses parents. La Cour a refusé de conclure que la création de classes spéciales destinées aux personnes ayant une déficience particulière constituait de la discrimination. Il existait un rapport raisonnable entre la différence de traitement (les classes spéciales) et le motif de discrimination allégué (la déficience), même si les classes spéciales compromettaient la réalisation de l’objectif d’inclusion. Dans les circonstances, cette considération ne pouvait l’emporter sur le fait que les classes spéciales avaient un objet et un effet d’amélioration à l’égard de la situation de la jeune fille.

Le facteur de la « correspondance » entre les motifs et les caractéristiques ou la situation du groupe demandeur a aussi étayé la décision de la Cour dans *Gosselin*, précité, selon laquelle le recours à un programme de formation dans un régime d’aide sociale destiné à des bénéficiaires de moins de 30 ans n’était pas discriminatoire. Les juges majoritaires ont conclu qu’une disposition peut être conforme

93

94

95

group is not required” to comply with the *Charter* (para. 55). The “polycentric” balancing inherent in formulation of social benefit schemes appears to have played some role in *Gosselin* as it did in the earlier case of *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28. More recently, in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, the Court struck down the separate legislative treatment of injured workers suffering from chronic pain who were denied the regular benefits provided to other disabled workers, but instead were provided a four-week Functional Restoration Program, beyond which no further benefits were available. Gonthier J., writing for the Court, held at para. 91 that “in my view, the gravamen of the appellants’ s. 15 claim is the lack of correspondence between the differential treatment imposed by the [*Workers’ Compensation Act*] and the true needs and circumstances of chronic pain sufferers” (referring to *Law, supra*, at paras. 64-65).

à la *Charte* « même en l’absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur » (par. 55). La pondération « polycentrique », inhérente à la formulation des régimes d’aide sociale, semble avoir joué un certain rôle dans l’affaire *Gosselin* comme dans l’affaire antérieure *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28. Plus récemment, dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, la Cour a invalidé le traitement législatif distinct réservé aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique à qui on refusait les prestations habituellement versées aux autres accidentés du travail pour leur offrir plutôt un programme de rétablissement fonctionnel d’une durée de quatre semaines, à la suite duquel ils n’avaient droit à aucun autre avantage. Le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu, au par. 91 : « J’estime que cela s’explique par le fait que la demande que les appelants ont présentée en vertu de l’art. 15 repose essentiellement sur l’absence de correspondance entre la différence de traitement prescrite par la [*Workers’ Compensation Act*] et les besoins et la situation véritables des personnes souffrant de douleur chronique » (renvoyant à *Law*, précité, par. 64-65).

96 In these cases, it seems to me, the “correspondence” factor was appropriately used to determine if the legislative distinction reflected equal consideration of people even though, at the end of the day, equal consideration resulted in unequal treatment.

Dans ces arrêts, il me semble que l’on a eu recours à bon droit au facteur de la « correspondance » pour décider si la distinction législative contestée indiquait que les personnes visées avaient bénéficié d’une considération égale, même si, en définitive, cette considération égale avait débouché sur un traitement inégal.

4. Resurgence of the “Relevance” Factor

4. Nouvel essor du facteur de la « pertinence »

97 Care must be taken, however, to ensure that the “correspondence” factor is kept to its original purpose as a marker for discrimination and not allowed to become a sort of Trojan horse to bring into s. 15(1) matters that are more properly regarded as “reasonable limits . . . demonstrably justified in a free and democratic society” (s. 1).

Il faut cependant bien s’assurer que le facteur de la « correspondance » conserve son objectif initial d’indicateur de discrimination et ne se transforme pas en une sorte de cheval de Troie qui introduirait, dans l’application du par. 15(1), des questions qu’il convient plutôt de considérer sous l’angle des « limites [. . .] raisonnables [. . .] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » (art. 1).

In particular, there is a danger that the “correspondence” factor will revive the “relevance” debate of the 1990s in which it was contended by some members of the Court that a s. 15(1) rights claimant could be defeated if it were shown that the ground of complaint was “relevant” to achievement of a legitimate legislative objective. This position was advanced by Gonthier J., dissenting, in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, where he suggested, at para. 15:

This third step thus comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. [Emphasis added.]

The issue in that case was whether common law spouses should be treated the same as married spouses for insurance purposes. In effect, as the onus of proof of an infringement of s. 15(1) lies on the claimants, they were put in the position of having to show that marriage was irrelevant to achievement of the legislative objective. In Gonthier J.’s view, that objective was to promote the benefits of marriage, and achievement of this objective was “relevant” to its denial of the rights of unmarried couples, and s. 15(1) was not therefore infringed. McLachlin J. (as she then was) in her majority reasons, gave the “relevance” point short shrift (at para. 137):

Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1). A second problem is that it may lead to enquiries better pursued under s. 1.

In my view, the same answer should be given to the argument here that, because children have certain vulnerabilities that “correspond” to (or are relevant to) s. 43’s denial of ordinary *Criminal Code* protection, then no discrimination is made out.

En particulier, le facteur de la « correspondance » risque de raviver le débat sur la « pertinence » soulevé dans les années 1990, dans le cadre duquel certains membres de la Cour ont soutenu qu’un demandeur invoquant les droits garantis par le par. 15(1) pouvait être débouté s’il était démontré que le motif de la plainte était « pertinent » pour la réalisation d’un objectif législatif légitime. Cette position a été défendue par le juge Gonthier, dissident, dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, dans lequel il a indiqué, au par. 15 :

La troisième étape comporte deux aspects : la détermination de la caractéristique personnelle propre à un groupe et l’examen de sa pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. [Je souligne.]

Dans cet arrêt, il s’agissait de savoir si des conjoints de fait devaient être traités comme des conjoints mariés pour les besoins d’une assurance. De fait, comme il leur incombait de prouver l’atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), les demandeurs se trouvaient ainsi tenus de démontrer que le mariage n’était pas pertinent pour la réalisation de l’objectif législatif. Selon le juge Gonthier, cet objectif consistait à promouvoir les avantages du mariage, et sa réalisation était « pertinente » pour refuser aux couples non mariés les droits conférés par la loi; par conséquent, il n’y avait pas atteinte aux droits garantis par le par. 15(1). Dans les motifs qu’elle a rédigés au nom de la majorité, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a réglé rapidement la question de la « pertinence », au par. 137 :

Considérer que la pertinence est l’indice ultime de l’absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l’encontre du but poursuivi par le par. 15(1). Un deuxième problème est que cela peut donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l’article premier.

À mon avis, il convient de répondre de la même façon à l’argument soulevé en l’espèce, selon lequel aucune discrimination n’est établie parce que les enfants présentent une certaine vulnérabilité et qu’il existe une « correspondance » (ou un rapport de pertinence) entre cette vulnérabilité et le retrait, par l’art. 43, de la protection ordinaire du *Code criminel*.

100 While the child needs the family, the protection of s. 43 is given not to the child but to the parent or teacher who is using “reasonable” force for “correction”. Section 43 protects parents and teachers, not children. A child “needs” no less protection under the *Criminal Code* than an adult does. That is why, in my view, the social justification for the immunity of parents and teachers should be dealt with under s. 1.

101 The majority view denies equality relief to persons under 18 years old in this case because of the role and importance of family life in our society. However, to proceed in this way, it seems to me, just incorporates the “legitimate objective” element from the s. 1 *Oakes* test into s. 15, while incidentally switching the onus to the rights claimant to show the legislative objective is not legitimate, and relieving the government of the onus of demonstrating proportionality, including minimal impairment (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). One of the stated objectives of *Andrews* was to keep s. 15(1) and s. 1 analytically distinct. Use of the “correspondence” factor in the wrong circumstances risks breaching that divide.

102 I do not accept that the use of force against a child (that in the absence of s. 43 would result in a criminal conviction) can be said to “correspond” to a child’s “needs, capacities and circumstances” from the vantage point identified by the Chief Justice, namely, that of a “reasonable person acting on behalf of a child, who seriously considers and values the child’s views and developmental needs” (para. 53 (emphasis added)). I have difficulty with the proposition that a child “needs” correction through conduct that, but for s. 43, amounts to a criminal assault that exceeds the *de minimis* threshold. (If the use of force falls below

Bien que l’enfant ait besoin de sa famille, ce n’est pas à lui que l’art. 43 accorde sa protection, mais au père, à la mère ou à l’instituteur qui emploie une force « raisonnable » pour le « corriger ». L’article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants. Un enfant a « besoin » que le *Code criminel* le protège autant qu’un adulte. C’est la raison pour laquelle j’estime que la justification sociale de l’immunité accordée aux pères, mères et instituteurs devrait être abordée sous le régime de l’article premier.

Les juges de la majorité refusent d’accorder en l’espèce une réparation fondée sur le droit à l’égalité aux personnes de moins de 18 ans en raison du rôle et de l’importance de la vie familiale dans notre société. Cependant, il me semble qu’en procédant de cette manière, on ne fait qu’incorporer à l’art. 15 l’élément de l’« objectif légitime » tiré du critère d’application de l’article premier établi dans *Oakes*, tout en transférant de façon incidente à la personne qui fait valoir ses droits le fardeau de démontrer que l’objectif législatif n’est pas légitime, et en relevant le gouvernement de la charge d’établir la proportionnalité, y compris l’atteinte minimale (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). L’un des objectifs déclarés de l’arrêt *Andrews* était de maintenir le par. 15(1) et l’article premier analytiquement distincts. Le recours au facteur de la « correspondance » mal à propos risque de compromettre cette distinction.

On ne saurait, selon moi, prétendre que le recours à la force contre un enfant — qui, en l’absence de l’art. 43, aboutirait à une condamnation pénale — « correspond » aux « besoins, capacités et situation » de l’enfant lorsqu’on adopte, comme le propose la Juge en chef, le point de vue privilégié d’une « personne raisonnable agissant pour le compte d’un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l’enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement » (par. 53 (je souligne)). J’ai du mal à admettre que l’enfant a « besoin » d’une correction impliquant une conduite qui, sans l’art. 43, équivaldrait

the *de minimis* standard, then, as Arbour J. points out, there is an alternative defence available to the accused and no need to resort to s. 43.)

As to tailoring the distinction to fit a child's "capacities and circumstances", the words "pupil or child" embrace the whole range of human development from birth to 18 years of age. It is difficult to generalize about the "capacities and circumstances" of such a disparate group of people. A 2-year-old and a 12-year-old (let alone a 17-year-old) do not share the same needs, have enormously different capacities and deal with the world in very different circumstances. The fact the Chief Justice finds it necessary to undertake an interpretive exercise that reads into s. 43 multiple sub-classifications of children (according to age) and assaultive behaviour (according to type) shows that a "one size fits all" approach to the "needs, capacities and circumstances" of children does not fit reality. Such an extensive "reading in" exercise, if appropriate, should take place only after an infringement of s. 15(1) is acknowledged, and the Court turns to the issue of the s. 1 justification and the appropriate remedy.

In short, I disagree with the view of the majority that s. 43 is "firmly grounded in the actual needs and circumstances of children" (para. 68). I believe the error in this approach is evident, with respect, from the following excerpts from the judgment of the Chief Justice, at paras. 58-60:

Children . . . depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. A stable and secure family and school setting is essential to this growth process.

. . . Introducing the criminal law into children's families and educational environments in such circumstances would harm children more than help them. . . .

à des voies de fait criminelles trop graves pour donner ouverture au moyen de défense *de minimis*. (Si le recours à la force est assez faible pour que s'applique le principe *de minimis*, alors, comme l'a signalé la juge Arbour, l'accusé dispose d'un autre moyen de défense et n'a pas besoin de recourir à l'art. 43.)

Pour ce qui est d'adapter la distinction « aux capacités et à la situation » de l'enfant, les mots « élève ou enfant » englobent toutes les étapes du développement humain, de la naissance à l'âge de 18 ans. Il est difficile de faire une généralisation à propos « des capacités et de la situation » d'un groupe de personnes aussi disparate. Un enfant de 2 ans et un autre de 12 ans (sans parler d'un jeune de 17 ans) n'ont pas les mêmes besoins, ont des capacités fort distinctes et vivent des situations très différentes. Le fait que la Juge en chef estime nécessaire de se livrer à un exercice d'interprétation qui introduit dans l'art. 43 de multiples sous-catégories d'enfants (en fonction de l'âge) et de comportements violents (en fonction du type) démontre que l'approche universelle à l'égard des « besoins, capacités et situation » des enfants n'est pas réaliste. Un exercice d'interprétation large qui va aussi loin ne peut être effectué, le cas échéant, qu'une fois établie l'existence d'une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), lorsque la Cour détermine si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier et quelle est la réparation convenable eu égard aux circonstances.

Bref, je ne souscris pas à l'opinion de la majorité selon laquelle l'art. 43 « repose fermement sur les besoins et la situation véritables des enfants » (par. 68). En toute déférence, j'estime que la raison pour laquelle cette approche est erronée ressort clairement des extraits suivants des motifs exprimés par la Juge en chef, aux par. 58-60 :

Les enfants [...] comptent également sur leurs parents et instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu'on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard.

. . . L'intervention du droit criminel dans le milieu familial et scolaire des enfants, dans ces circonstances, leur causerait plus de tort que de bien. . . .

... The criminal law ... is a blunt instrument whose power can also be destructive of family and educational relationships. ...

105 Accelerating these societal considerations into the s. 15(1) analysis, instead of requiring the government to establish such matters as “reasonable limits” under s. 1, inappropriately denies children the protection of their right to equal treatment.

5. The Violation of Human Dignity

106 The Court has repeatedly stated that

the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

(*Law, supra*, at para. 51, and *Gosselin, supra*, at para. 20)

The concept of “human dignity” is somewhat elusive, but nevertheless expresses an essential part of the purpose of s. 15(1). It seeks to avoid the mechanical application of the s. 15 analysis to distinctions that do not, appropriately viewed, raise a compelling human rights dimension. This is illustrated, as mentioned earlier, by the Canada Pension Plan cases. The state is required to value each of its citizens equally, but equal *consideration* of the personal characteristics and strengths of each individual may, in the circumstances of government benefit programs, dictate differential *treatment*. This is hardly the case here. Few things are more demeaning and disrespectful of fundamental values than to withdraw the full protection of the *Criminal Code* against deliberate, forcible, unwanted violation of an individual’s physical integrity.

... Le droit criminel est [...] un instrument radical dont la puissance peut aussi détruire les rapports au sein de la famille et à l’école. ...

Intégrer ces considérations sociales à l’étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), au lieu d’obliger le gouvernement à faire la justification requise par l’article premier, notamment en ce qui concerne les « limites raisonnables », prive indûment les enfants de leur droit à l’égalité de traitement.

5. L’atteinte à la dignité humaine

La Cour a maintes fois déclaré que

le par. 15(1) a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

(*Law*, précité, par. 51, et *Gosselin*, précité, par. 20)

Le concept de la « dignité humaine » est plutôt flou, mais il exprime néanmoins un élément essentiel de l’objet du par. 15(1). On cherche par ce concept à éviter l’application mécanique de l’analyse fondée sur l’art. 15 à des distinctions qui, envisagées correctement, ne soulèvent pas de question impérieuse touchant les droits de la personne. Cela ressort, ainsi que je l’ai mentionné précédemment, de la jurisprudence sur le Régime de pensions du Canada. L’État est tenu d’accorder la même importance à chacun de ses citoyens, mais une *considération* égale des forces et des caractéristiques personnelles de chacun peut, dans le contexte des programmes de prestations gouvernementales, commander un *traitement* différent. Ce n’est guère le cas en l’espèce. Peu de choses portent davantage atteinte à la dignité et bafouent davantage les valeurs fondamentales que de priver une personne de la protection complète que lui accorde le *Code criminel* contre toute atteinte délibérée, impliquant l’emploi de la force et non désirée à son intégrité physique.

I agree entirely with the conclusion of the author of a report entitled “Corporal Punishment as a Means of Correcting Children” (November 1998) by the Quebec Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (at p. 8):

Corporal punishment violates the child’s dignity, partly due to the humiliation he or she is likely to feel, but mainly due to the lack of respect inherent in the act.

Reference should also be made to the analysis of Peter Newell, a witness for the appellants and the author of *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment* (1989), who wrote, at pp. 2 and 4:

Childhood, too, is an institution. Society, even in those areas like education which are supposedly for the benefit of children, remains unsympathetic to them. All too often children are treated as objects, with no provision made for hearing their views or recognising them as fellow human beings. Children — seen but not heard — face the double jeopardy of discrimination on grounds of age, and discrimination on all the other grounds as well. Giving legal sanction to hitting children confirms and reflects their low status.

. . .

The basic argument is that children are people, and hitting people is wrong.

Everyone in society is entitled to respect for their person, and to protection against physical force. To deny this protection to children at the hands of their parents, parent-substitutes and teachers is not only disrespectful of a child’s dignity but turns the child, for the purpose of the *Criminal Code*, into a “second-class citizen” (*Ogg-Moss*, at p. 187). As Iacobucci J. noted in *Law*, at para. 53:

Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society.

Je souscris entièrement à la conclusion de l’auteur du rapport intitulé « Le châtiment corporel comme moyen de corriger les enfants » (novembre 1998), de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (p. 8) :

Les châtiments corporels que subit l’enfant corrigé portent atteinte à sa dignité en raison de l’humiliation qu’il peut ressentir, mais surtout à cause du manque de respect que traduit l’acte.

Il convient aussi de mentionner l’analyse effectuée par Peter Newell, témoin des appelantes et auteur de *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment* (1989), qui a écrit, aux p. 2 et 4 :

[TRADUCTION] L’enfance aussi est une institution. La société demeure peu compatissante envers les enfants, même dans les secteurs comme l’éducation qui sont censés servir leurs intérêts. Trop souvent, les enfants sont traités comme des objets, aucune disposition n’étant prise pour qu’ils puissent se faire entendre ou être reconnus comme êtres humains au même titre que leurs congénères. Les enfants — que l’on voit, mais que l’on n’entend pas — sont doublement menacés par la discrimination fondée sur l’âge et par la discrimination fondée sur tous les autres motifs. L’approbation par la loi des coups portés aux enfants confirme et met en évidence leur statut inférieur.

. . .

L’argument fondamental repose sur le principe que les enfants sont des personnes et qu’il est mal de frapper des personnes.

Tous les membres de la société ont droit au respect de leur personne et à la protection contre l’emploi de la force physique. Refuser aux enfants cette protection contre leurs pères et mères, les personnes qui les remplacent et les instituteurs non seulement porte atteinte à la dignité de l’enfant, mais en fait un « citoyen de deuxième classe » pour l’application du *Code criminel* (*Ogg-Moss*, p. 187). Comme l’a signalé le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, par. 53 :

La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne.

107

108

109

110 It should not be suggested that because, as Peter Newell notes, a child may not enjoy much dignity anyway in the home or classroom, he or she can be whacked with impunity “by way of correction”.

111 I therefore agree with my colleague, Deschamps J., that s. 43 discriminates against children and infringes their equality rights. The onus falls on the government to justify it.

6. The Section 1 Justification

112 Parents and teachers play very different roles in a child’s life and there is no reason why they should be treated on the same legal plane for the purposes of the criminal assault provisions of the *Criminal Code*.

(a) *In Relation to Parents or Persons Standing in the Place of Parents*

113 While s. 43 infringes a child’s s. 15 equality rights by making a distinction that discriminates on the basis of age, it is nonetheless evident that the effect of giving the *Criminal Code* a larger role in the home would be profound. The heavy machinery of the criminal courts is not designed to deal with domestic disputes of the type envisaged in s. 43. The definition of assault in s. 265 is extremely broad. Parliament could reasonably conclude that the intervention of the police or criminal courts in a child’s home in respect of “reasonable” correction would inhibit rather than encourage the resolution of problems within families. Such an outcome could be judged unacceptable, not because the child’s equality rights are without importance, but because the intervention of the criminal law in the home in the limited circumstances set out in s. 43 comes at too high a cost.

114 It is scarcely necessary to cite authority for the importance of the family in Canadian law. In *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*,

Comme le signale Peter Newell, on ne saurait prétendre qu’à cause du peu de dignité dont l’enfant jouit de toute façon à la maison ou à l’école, on peut le frapper en toute impunité « pour le corriger ».

Je souscris donc à l’opinion de ma collègue, la juge Deschamps, voulant que l’art. 43 soit discriminatoire à l’égard des enfants et restreigne leurs droits à l’égalité. Il revient donc au gouvernement de justifier cette discrimination.

6. La justification requise par l’article premier

Les pères et mères et les instituteurs jouent des rôles très différents dans la vie d’un enfant, et rien ne justifie qu’ils reçoivent un traitement juridique identique pour l’application des dispositions relatives aux voies de fait édictées dans le *Code criminel*.

a) *L’application de l’article premier en ce qui concerne les pères et mères, ainsi que les personnes qui les remplacent*

Bien que l’art. 43 porte atteinte aux droits à l’égalité que l’art. 15 garantit aux enfants en établissant une distinction discriminatoire fondée sur l’âge, il est évident que le fait d’attribuer au *Code criminel* un rôle plus important à la maison aurait des répercussions profondes. La procédure pénale est une lourde machine qui n’est pas conçue pour régler les disputes familiales du type de celles envisagées par l’art. 43. La définition des « voies de fait » énoncée à l’art. 265 a une portée extrêmement étendue. Le législateur pouvait raisonnablement conclure que, dans le cas d’une correction « raisonnable », l’intervention de la police ou des cours criminelles dans le foyer de l’enfant aurait pour effet de gêner, et non de favoriser, le règlement des problèmes familiaux. Pareil résultat pourrait être jugé inacceptable, non parce que les droits à l’égalité de l’enfant sont sans importance, mais parce que l’intervention du droit criminel à la maison dans les circonstances limitées énoncées à l’art. 43 a des conséquences trop lourdes.

Il n’est guère nécessaire de citer des sources à l’appui de l’importance attribuée à la famille en droit canadien. Dans l’arrêt *Office des services à l’enfant*

[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 72, L'Heureux-Dubé J. noted that parents must be accorded a relatively large measure of freedom from state interference to raise their children as they see fit. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 76, Lamer C.J. pointed out that parents are presumed to act in their child's best interests: "Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship."

These affirmations of the importance of family relationships need to be considered in light of the sweeping definition of assault in s. 265 of the *Criminal Code* which makes it an offence for a person, without the consent of another person, to apply "force intentionally to that other person, directly or indirectly", or even to *threaten* to do so if he or she has a "present ability to effect his purpose". The s. 1 justification for the "spanking defence" is very much a function of the immense breadth of the definition of criminal assault. One need only pause to reflect on the type of threats routinely issued by Canadian parents to their children in the heat of family altercations. Adolescent or pre-adolescent behaviour occasionally results in physical touching by the parent, unwanted by the child, or the threat thereof, and where reasonable and for the purpose of correction, this type of "assault" could justifiably be seen by Parliament as outside the appropriate sphere of criminal prosecution.

Section 265 is very broad on its face and it has been interpreted broadly, because, as pointed out in Blackstone, *supra*, at p. 120, it has always been considered unworkable to draw a principled distinction between "degrees of violence". Professor Ashworth adds:

Is it right that the criminal law should extend to mere touchings, however trivial? The traditional justification is

et à la famille de Winnipeg c. K.L.W., [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 72, la juge L'Heureux-Dubé a noté que, pour élever leurs enfants comme ils l'entendent, les pères et mères doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 76, le juge en chef Lamer a signalé que les pères et mères sont présumés agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants : « Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant. »

Il convient d'examiner ces confirmations de l'importance des liens familiaux au regard de la définition très englobante de l'expression « voies de fait » énoncée à l'art. 265 du *Code criminel*, selon lequel commet une infraction quiconque « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne » sans son consentement, ou même *menace* de le faire, s'il porte cette personne à croire qu'il « est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein ». La justification du « moyen de défense de la fessée » sous le régime de l'article premier est très étroitement liée à la portée considérable de la définition de l'infraction criminelle de voies de fait. Il suffit de songer au type de menaces couramment proférées par les parents canadiens à l'endroit de leurs enfants dans le feu des disputes familiales. Le comportement d'un adolescent ou d'un pré-adolescent amène occasionnellement le père ou la mère à toucher à l'enfant sans son consentement, ou à menacer de le faire et, lorsque ce contact est raisonnable et qu'il vise à corriger l'enfant, le législateur pourrait à juste titre considérer que ce type de « voies de fait » se situe à l'extérieur de la sphère appropriée des poursuites pénales.

À première vue, l'art. 265 est très général et il a été interprété de manière libérale, parce que, ainsi que le souligne Blackstone, *op. cit.*, p. 195, on a toujours estimé qu'il était irréaliste d'établir une distinction rationnelle entre les « degrés de violence ». Le professeur Ashworth ajoute :

[TRADUCTION] Est-il normal d'élargir la portée du droit criminel au simple contact, si anodin soit-il? La

that there is no other sensible dividing line, and that this at least declares the law's regard for the physical integrity of citizens.

(A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4th ed. 2003), at p. 319)

117 This near-zero tolerance (i.e., subject to the *de minimis* principle) for physical intervention continues to be the law, although in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, Gonthier J. suggested that, in the family context, the law of assault should have a more nuanced application. Otherwise, he said, at pp. 743-44:

... a father would assault his daughter if he attempted to place a scarf around her neck to protect her from the cold but she did not consent to that touching, thinking the scarf ugly or undesirable. ... That absurd consequence could not have been intended by Parliament.

118 We are not asked in this case to establish the threshold for a criminal "assault" in the family context, or whether the unwanted touching in Gonthier J.'s example could be said to be "by way of correction". Section 43 presupposes the existence of conduct that does amount to a criminal assault. Section 265 would clearly be triggered by much of the non-violent physical contact that is not out of place growing up in a robust family environment. The appellant points to some other jurisdictions like Sweden, which do without a parental defence provision equivalent to s. 43; but Sweden, at least, has a very different criminal law regime applicable to physical assaults.

119 Section 1 requires a government to show that the objective of the legislation is pressing and substantial. Government must also establish that the means chosen to attain the end are reasonable; this requires showing that: (i) the rights violation is rationally connected to the aim of the legislation, (ii) the impugned provision minimally impairs the *Charter* guarantee, and (iii) there is proportionality between

justification traditionnelle veut qu'il n'existe aucune autre ligne de démarcation logique et qu'à tout le moins, ce fait révèle l'intérêt que le droit porte à l'intégrité physique des citoyens.

(A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4^e éd. 2003), p. 319)

Cette tolérance presque nulle (c.-à-d. subordonnée au principe *de minimis*) à l'égard des interventions physiques continue de s'appliquer, même si, dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, le juge Gonthier a proposé que le droit relatif aux voies de fait s'applique de manière plus nuancée dans le contexte familial. Autrement, dit-il, aux p. 743-744 :

... [un] père [...] se livrerait à des voies de fait sur la personne de sa fille s'il tentait de placer une écharpe autour de son cou pour la protéger du froid, mais que celle-ci ne consentait pas à ce contact, parce qu'elle trouvait que l'écharpe était laide et ne voulait pas la porter. [...] Le législateur n'a certainement pas voulu cette conséquence absurde.

Nous n'avons pas en l'espèce à établir le seuil à franchir pour que soit commise une infraction criminelle de « voies de fait » dans le contexte familial, ni à décider s'il est possible de conclure que, dans l'exemple du juge Gonthier, le père touche à sa fille « pour [la] corriger ». L'article 43 presuppose l'existence d'une conduite qui constitue une infraction criminelle de voies de fait. De toute évidence, l'application de l'art. 265 serait déclenchée par la plupart des contacts physiques non violents acceptables dans un milieu familial rude. L'appelante cite en exemple certains autres pays, dont la Suède, où il n'existe pas de disposition qui offre aux pères et mères un moyen de défense équivalant à celui prévu à l'art. 43, mais la Suède, du moins, possède un régime de droit pénal très différent en ce qui concerne les voies de fait.

L'article premier oblige le gouvernement à démontrer que l'objectif de la loi se rapporte à des considérations urgentes et réelles. Le gouvernement doit aussi établir que le moyen choisi pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable en démontrant que : (i) la restriction des droits a un lien rationnel avec l'objectif législatif; (ii) la disposition contestée porte le moins possible atteinte au droit garanti

the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right (*Egan, supra*, at para. 182; *Oakes, supra*). In addition, the deleterious effects of the measure must not outweigh its benefits: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 878.

I agree with Goudge J.A. ((2002), 57 O.R. (3d) 511, at para. 59) that the objective of the legislation is pressing and substantial insofar as it permits parents or persons standing in the place of parents

to apply strictly limited corrective force to children without criminal sanctions so that they can carry out their important responsibilities to train and nurture children without the harm that such sanctions would bring to them, to their tasks and to the families concerned.

However, I do not agree with Goudge J.A. that this justification extends to teachers as well.

Providing a defence to a criminal prosecution in the circumstances stated in s. 43 is rationally connected to the objective of limiting the intrusion of the *Criminal Code* into family life.

As to minimal impairment, the wording of s. 43 not only permits calibration of the immunity to different circumstances and children of different ages, but it allows for adjustment over time. In this respect, the Crown's expert, Nicholas Bala, stated:

In the past, the use of belts, straps, rulers, sticks and other similar objects to deliver a punishment was commonly accepted, both by society and the courts, as reasonable in the chastisement of children. Today, most courts hold that, in most circumstances, the use of these objects is excessive. As well, previously, courts have considered punishment causing temporary pain lasting a few days, but without permanent injury, to be reasonable. Today's courts scrutinize the level of pain, bruises, red marks and other signs of temporary harm carefully. In most cases, when they find that a child has suffered some

par la *Charte*; enfin (iii) il y a proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif, de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif (*Egan*, précité, par. 182; *Oakes*, précité). En outre, les effets bénéfiques de la mesure doivent l'emporter sur ses effets préjudiciables : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 878.

Je conviens avec le juge Goudge de la Cour d'appel ((2002), 57 O.R. (3d) 511, par. 59) que l'objectif de la loi est urgent et réel dans la mesure où elle autorise les pères et mères et les personnes qui les remplacent

[TRADUCTION] à employer pour corriger leurs enfants une force strictement limitée sans encourir de sanctions pénales, de sorte qu'ils peuvent s'acquitter de leur importante responsabilité d'élever et d'éduquer leurs enfants sans les conséquences négatives que ces sanctions pourraient avoir sur eux, sur leurs tâches et sur les familles concernées.

Je crois toutefois, contrairement au juge Goudge, que cette justification ne vaut pas en ce qui concerne les instituteurs.

L'introduction d'un moyen de défense contre une poursuite pénale dans les circonstances mentionnées à l'art. 43 a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi qui est de limiter l'ingérence du *Code criminel* dans la vie familiale.

Quant à l'atteinte minimale, le libellé de l'art. 43 permet non seulement de doser l'immunité en fonction des différentes circonstances et de l'âge des enfants, mais aussi d'apporter des rajustements au fil du temps. À cet égard, l'expert du ministère public, Nicholas Bala, a déclaré :

[TRADUCTION] Par le passé, la société et les tribunaux estimaient que l'utilisation de ceintures, de courroies, de règles, de bâtons et d'autres objets semblables pour infliger une punition aux enfants était raisonnable. De nos jours, la majorité des tribunaux concluent que, dans la plupart des circonstances, le recours à ces objets est excessif. De même, les tribunaux ont déjà jugé raisonnables les punitions causant des douleurs pendant quelques jours, mais ne laissant aucune séquelle permanente. Aujourd'hui, les tribunaux examinent attentivement l'intensité de la douleur, l'importance des contusions, des

120

121

122

injury, the teacher, parent or person taking the place of a parent is convicted of assault.

In the past, as Arbour J. demonstrates in her reasons, the elasticity of s. 43 has led to acquittals in some quite shocking circumstances. However, in my view, it is the function of the appellate courts to rein in overly elastic interpretations that undermine the limited purpose of s. 43, which is what the interpretive guidance offered by the Chief Justice is designed to do, provided the courts stop short of judicial amendment.

123 Once the legislative objective is found to be pressing and substantial, I think the proportionality requirements are met by Parliament's limitation of the s. 43 defence to circumstances where: (i) the force is for corrective purposes, and (ii) the measure of force is shown to be reasonable under the circumstances. What is reasonable in relation to achievement of the legitimate legislative objective will not, by definition, be disproportionate to such achievement. Moreover, the salutary effects of s. 43 exceed its potential deleterious effects when one considers that the assault provisions of the *Criminal Code* are just a part, and perhaps a less important part, of the overall protections afforded to children by child welfare legislation. I note, for example, the testimony of Allan Simpson, a Sergeant with the Toronto Police Service, that:

Whether in any particular circumstance a charge is laid *or not*, the Children's Aid Society is normally contacted, when they have not been the first to investigate the circumstances. The primary consideration is always the safety and well-being of the child. [Emphasis in original.]

124 To deny children the ability to have their parents, or persons standing in their parents' place, to be successfully prosecuted for reasonable corrective force under the *Criminal Code* does not leave them without effective recourse. It just helps to keep the

rougeurs et des autres indices de blessures temporaires. Dans la majorité des cas où ils jugent qu'un enfant a subi une blessure quelconque, ils déclarent coupable de voies de fait l'instituteur, le père ou la mère, ou la personne qui remplace le père ou la mère.

Par le passé, comme le démontre la juge Arbour dans ses motifs, l'élasticité de l'art. 43 a donné lieu à des acquittements dans des circonstances assez choquantes. J'estime toutefois qu'il revient aux tribunaux d'appel de refréner les interprétations exagérément élastiques qui compromettent l'objet limité de l'art. 43, ce à quoi est destinée la directive d'interprétation formulée par la Juge en chef, à condition que les tribunaux n'aillent pas jusqu'à modifier la loi par voie judiciaire.

Après avoir statué que l'objectif législatif est urgent et réel, j'estime que le législateur a satisfait aux exigences de la proportionnalité en limitant l'application du moyen de défense fondé sur l'art. 43 aux cas où : (i) la force vise à corriger, et (ii) la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Ce qui est raisonnable en regard de la réalisation de l'objectif législatif légitime ne sera pas, par définition, disproportionné par rapport à cette réalisation. En outre, les effets bénéfiques de l'art. 43 l'emportent sur ses effets préjudiciables éventuels lorsque l'on considère que les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ne représentent qu'une fraction, et peut-être la fraction la moins importante, de l'ensemble des protections que les lois sur le bien-être de l'enfance accordent aux enfants. Soulignons, par exemple, le témoignage d'Allan Simpson, sergent du Service de police de Toronto, selon lequel :

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit, dans des circonstances particulières, de porter *ou non* des accusations, on communique normalement avec la Société d'aide à l'enfance lorsque celle-ci n'a pas été la première à enquêter sur le cas. Les considérations primordiales sont toujours la sécurité et le bien-être de l'enfant. [En italique dans l'original.]

Priver les enfants de la possibilité de faire condamner leur père ou leur mère, ou les personnes qui les remplacent, sous le régime du *Code criminel* pour avoir employé une force raisonnable pour les corriger ne prive pas les enfants de tout recours

family out of the criminal courts. In my view, s. 43 in relation to parents and persons standing in their place is justified on this basis.

(b) *The Application of Section 1 in Relation to Teachers*

The extension of s. 43 protection to teachers has not been justified under the s. 1 test. It is argued that the legislative objective in the case of teachers echoes the policy reasons applicable to parents, but the logic for keeping criminal sanctions out of the schools is much less compelling than for keeping them out of the home. Compared with a family, a teacher's commitment to a particular child is typically of a different order and for a more limited period of time. While at one time teachers were regarded as parent-type figures, s. 43 itself draws a distinction between a "person standing in the place of a parent" and a teacher. Less harm may flow from discipline inflicted by a parent who typically shares a loving relationship with the child. The pupil-teacher relationship is closer to the master-apprentice relationship for which s. 43 protection was abolished by Parliament in 1955 (see S.C. 1953-54, c. 51, s. 43).

The evidence is that most teachers do not favour the use of force in schools for "correction". Their point is that there is a need to maintain order in schools, and keeping order may involve unwanted touching, such as "sitting" down an obstreperous child, or marching belligerents off to the principal's office.

The question is whether the undoubted need to keep order in schools justifies the s. 43 exemption of teachers from the assault provisions of the *Criminal Code*. The Law Reform Commission of Canada recommended the repeal of the s. 43 defence for school teachers, stating that the ultimate sanction should be the removal of a child from school, not corporal punishment: Law Reform Commission of

efficace. Cette mesure contribue seulement à tenir la famille à l'écart des cours criminelles. Selon moi, pour cette raison, l'art. 43 est justifié en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent.

b) *L'application de l'article premier en ce qui concerne les instituteurs*

L'élargissement de la protection de l'art. 43 aux instituteurs n'a pas été justifié au sens de l'article premier. On fait valoir que l'objectif législatif, en ce qui concerne les instituteurs, fait écho aux considérations de principe applicables aux pères et mères, mais il est beaucoup moins impérieux de garder les écoles que les foyers à l'abri des sanctions pénales. Comparé à celui d'une famille, le rôle que joue un instituteur auprès d'un enfant en particulier est habituellement d'un ordre différent et d'une durée plus limitée. Bien que les instituteurs aient été considérés à une certaine époque comme des figures parentales, le texte même de l'art. 43 fait une distinction entre un instituteur et une « personne qui remplace le père ou la mère ». Les préjudices susceptibles de résulter des mesures disciplinaires imposées par un père ou une mère, qui entretient habituellement avec son enfant une relation fondée sur l'amour, sont moindres. Le lien élève-instituteur s'apparente davantage à la relation maître-apprenti à l'égard de laquelle la protection de l'art. 43 a été abolie par le législateur en 1955 (voir S.C. 1953-54, ch. 51, art. 43).

La preuve indique que la plupart des instituteurs sont contre l'emploi de la force « pour corriger » les élèves dans les écoles. Selon eux, il est nécessaire de maintenir l'ordre dans les écoles, et le maintien de l'ordre peut comporter des contacts sans consentement, comme pour « asseoir » un enfant rebelle sur sa chaise ou conduire des élèves belliqueux au bureau du directeur.

La question est de savoir si le besoin incontestable de maintenir l'ordre dans les écoles justifie l'exception prévue à l'art. 43 qui soustrait les instituteurs à l'application des dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait. La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'abolition du moyen de défense fondé sur l'art. 43 à l'égard des instituteurs, déclarant que la sanction

125

126

127

Canada, Working Paper 38, *Assault* (1984), at p. 44. A number of countries have abolished or modified similar legislative immunities for teachers: see, e.g., s. 47 of the British *Education (No. 2) Act 1986* (U.K.), 1986, c. 61; s. 59 of the New Zealand *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43; and s. 139A of the New Zealand *Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80.

128 While I accept that order in the schools is a legitimate objective, I do not think that giving non-family members an immunity for the criminal assault of children “by way of correction” is a reasonable or proportionate legislative response to that problem. The attempt to save the constitutionality of s. 43 by rewriting it to distinguish between parents and teachers and carving out school order from the more general subject matter of “correction” is, in my view, a job for Parliament. In short, s. 43 does not minimally impair the child’s equality right, and is not a proportionate response to the problem of order in the schools.

7. Disposition

129 I would therefore uphold the validity of s. 43 in relation to parents and persons standing in the place of a parent, but declare it unconstitutional insofar as it extends to teachers. To that extent, the appeal should be allowed.

130 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

ultime pour l’enfant devrait être son expulsion de l’école, et non le châtement corporel : Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 38, *Les voies de fait* (1984), p. 51. Plusieurs pays ont aboli ou modifié l’immunité législative semblable qu’ils accordaient aux instituteurs : voir, p. ex., l’art. 47 de l’*Education (No. 2) Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 61; l’art. 59 de la *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43; et l’art. 139A de l’*Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80.

Même si je conviens que l’ordre dans les écoles est un objectif légitime, je ne crois pas que le fait d’accorder une immunité à des personnes extérieures à la famille ayant commis des voies de fait « pour corriger » des enfants soit une solution législative raisonnable ou proportionnée à ce problème. Tenter de préserver la constitutionnalité de l’art. 43 en le réécrivant de manière à établir une distinction entre les pères et mères et les instituteurs, et en retranchant l’ordre dans les écoles de l’objectif plus général de « correction » relève, à mon avis, du législateur. Bref, l’art. 43 ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants à l’égalité et il ne constitue pas une réponse proportionnée au problème de l’ordre dans les écoles.

7. Dispositif

Je suis donc d’avis de confirmer la validité de l’art. 43 en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent, mais de le déclarer inconstitutionnel dans la mesure où il s’applique aux instituteurs. Dans cette mesure, le pourvoi devrait être accueilli.

Je suis d’avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes :

1. L’article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes in relation to parents and persons standing in the place of parents. No in relation to teachers.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal raises the constitutional validity of s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which justifies the reasonable use of force by way of correction by parents and teachers against children in their care. Although I come to a conclusion which may not be very different from that reached by the Chief Justice, I do so for very different reasons. The Chief Justice significantly curtails the scope of the defence of s. 43 of the *Code*, partly on the basis that s. 43 should be strictly construed

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent. Non en ce qui concerne les instituteurs.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui prévoit que tout père, mère (ci-après « les parents ») ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. En dépit de la similitude qu'elle peut avoir avec celle de la Juge en chef, ma conclusion repose sur des motifs très différents. La Juge en chef restreint sensiblement la portée du moyen de défense prévu à l'art. 43 du *Code*, notamment pour

since it withdraws the protection of the criminal law in certain circumstances. According to her analysis, s. 43 can only be raised as a defence to a charge of simple (common) assault; it applies only to corrective force, used against children older than two but not against teenagers; it cannot involve the use of objects, and should not consist of blows to the head; and it should not relate to the “gravity” of the conduct attracting correction.

132

With respect, in my opinion, such a restrictive interpretation of a statutory defence is inconsistent with the role of courts *vis-à-vis* criminal defences, both statutory and common law defences. Furthermore, this restrictive interpretation can only be arrived at if dictated by constitutional imperatives. Canadian courts have not thus far understood the concept of reasonable force to mean the “minor corrective force” advocated by the Chief Justice. In my view, the defence contained in s. 43 of the *Code*, interpreted and applied inconsistently by the courts in Canada, violates the constitutional rights of children to safety and security and must be struck down. Absent action by Parliament, other existing common law defences, such as the defence of necessity and the “*de minimis*” defence, will suffice to ensure that parents and teachers are not branded as criminals for their trivial use of force to restrain children when appropriate.

133

Section 43 of the *Code* justifies the use of force by parents and teachers by way of correction. The force that is justified is force that is “reasonable under the circumstances”. The section does not say that forcible correction is a defence only to common assault. Nor has it been understood to be so restrictive: see *R. v. Pickard*, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231 (Nfld. S.C. (T.D.)); *R. v. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302 (Q.B.); *R. v. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL)

le motif que cet article doit être interprété strictement du fait qu’il retire la protection du droit criminel dans certaines circonstances. Selon elle, l’art. 43 ne peut être opposé qu’à une accusation de voies de fait simples; il s’applique seulement à la force employée pour corriger un enfant de plus de deux ans et ne vise pas celle employée pour corriger un adolescent. L’emploi de la force à laquelle il s’applique ne saurait comporter l’utilisation d’un objet et ne doit pas consister à porter des coups à la tête. L’article n’a rien à voir non plus avec la « gravité » du comportement à l’origine de la correction infligée.

En toute déférence, j’estime qu’une telle interprétation restrictive d’un moyen de défense prévu par la loi est incompatible avec le rôle que les tribunaux jouent à l’égard des moyens de défense que la loi ou la common law reconnaît en matière criminelle. De plus, une telle interprétation restrictive n’est possible que si elle repose sur des impératifs constitutionnels. Jusqu’à ce jour, les tribunaux canadiens n’ont pas donné à la force raisonnable l’interprétation préconisée par la Juge en chef, à savoir qu’il s’agit de la « force légère employée pour infliger une correction ». À mon sens, le moyen de défense prévu à l’art. 43 du *Code*, qui n’est pas interprété et appliqué uniformément par les tribunaux canadiens, porte atteinte au droit à la sécurité que la Constitution garantit à l’enfant et doit être invalidé. À moins que le Parlement ne légifère en la matière, d’autres moyens de défense reconnus par la common law, comme ceux fondés sur la nécessité et sur le principe *de minimis*, suffiront pour empêcher que soit taxés de criminels les parents ou instituteurs qui emploient une force négligeable pour retenir un enfant, lorsque cela est indiqué.

Aux termes de l’art. 43 du *Code*, les parents ou instituteurs sont fondés à employer la force pour infliger une correction. La force justifiée est celle qui est « raisonnable dans les circonstances ». L’article ne précise pas que l’emploi de la force pour infliger une correction ne peut être invoqué comme moyen de défense que pour des voies de fait simples. Il n’a pas non plus été interprété comme ayant une portée aussi restreinte : voir *R. c. Pickard*, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL) (C. prov.); *R. c. G.C.C.* (2001), 206

(S.C.J.); and *R. v. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL) (Gen. Div.), where s. 43 was successfully raised as a defence against charges of assault with a weapon and/or assault causing bodily harm.

In the *Code*, the justifiable use of force may be advanced as a defence against a wide range of offences that have at their origin the application of force. These offences range from common assault, to assault causing bodily harm and eventually to manslaughter. Where, for example, a civilian performs a lawful arrest, the force used may be justified (see *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38, at para. 34) even though it causes “hurt or injury . . . that is more than merely transient or trifling in nature” (s. 2 of the *Code*), thereby exonerating the accused from what would otherwise be an assault causing bodily harm.

In the case at bar, the critical inquiry turns on the meaning of the phrases “force by way of correction” and “reasonable under the circumstances” (s. 43 of the *Code*). To say, as the Chief Justice does, that this defence cannot be used to justify any criminal charge beyond simple assault, that the section cannot justify the use of corrective force against a child under 2 or against a teenager, and that force is never reasonable if an object is used, is a laudable effort to take the law where it ought to be. However, s. 43 can only be so interpreted if the law, as it stands, offends the Constitution and must therefore be curtailed. Absent such constitutional constraints, it is neither the historic nor the proper role of courts to enlarge criminal responsibility by limiting defences enacted by Parliament. In fact, the role of the courts is precisely the opposite.

Setting aside any constitutional considerations for the moment, courts are expressly prohibited by

Nfld. & P.E.I.R 231 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)); *R. c. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302 (B.R.); *R. c. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL) (C.S.J.); *R. c. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL) (Div. gén.), où l’art. 43 a été opposé avec succès à des accusations d’agression armée et de voies de fait causant des lésions corporelles.

En ce qui concerne une multitude d’infractions résultant d’un emploi de la force, le *Code* prévoit la possibilité d’invoquer comme moyen de défense le caractère justifiable de la force utilisée. Ces infractions vont des voies de fait simples aux voies de fait causant des lésions corporelles et même à l’homicide involontaire coupable. Par exemple, le citoyen qui procède à une arrestation légale peut être fondé à employer la force (voir *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38, par. 34) même s’il en résulte une « [b]lessure [. . .] qui n’est pas de nature passagère ou sans importance » (art. 2 du *Code*), et éviter, de ce fait, d’avoir à répondre de ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait causant des lésions corporelles.

En l’espèce, la question cruciale est de savoir ce que signifient les expressions « force pour corriger » et « raisonnable dans les circonstances » (art. 43 du *Code*). Affirmer, comme le fait la Juge en chef, que le moyen de défense ne peut être opposé à une accusation plus grave que celle de voies de fait simples, que la disposition en cause ne saurait justifier l’emploi de la force pour corriger un enfant de moins de deux ans ou un adolescent et que l’emploi de la force comportant l’utilisation d’un objet n’est jamais raisonnable constitue un effort louable pour donner à la règle de droit en cause la signification qu’elle devrait avoir. Cependant, l’art. 43 ne pourra recevoir une telle interprétation que si, dans son état actuel, il viole la Constitution et si, pour cette raison, une restriction de sa portée s’impose. En l’absence de telles contraintes constitutionnelles, le rôle des tribunaux ne consiste pas et n’a jamais consisté à élargir le champ de la responsabilité criminelle en limitant le recours aux moyens de défense prévus par le législateur. En fait, il incombe aux tribunaux de faire exactement le contraire.

Abstraction faite, pour l’instant, de toute considération constitutionnelle, l’art. 9 du *Code* interdit

134

135

136

s. 9 of the *Code* from creating new common law offences. All criminal offences must be enacted by statute. On the other hand, the courts have been and continue to be the guardians of common law defences. This reflects the role of courts as enforcers of fundamental principles of criminal responsibility including, in particular, the fundamental concept of fault which can only be reduced or displaced by statute.

137 Our recent decision in *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24, exemplifies this classical and sound approach. *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, can be considered an exception because it curtailed a statutory defence, yet, as I will attempt to demonstrate below, it still failed to achieve a constitutionally acceptable result.

138 In this case, we have been asked to either curtail or abolish altogether a defence created by Parliament. If we are to do this, as I believe we must, it should be for higher constitutional imperatives. Absent a finding of a constitutional violation by Parliament, the reading down of a statutory defence as is done by the Chief Justice amounts to, in my respectful opinion, an abandonment by the courts of their proper role in the criminal process.

139 Courts, including this Court, have until now properly focussed on what constitutes force that is “reasonable under the circumstances”. No preemptive barriers have been erected. Nothing in the words of the statute, properly construed, suggests that Parliament intended that some conduct be excluded at the outset from the scope of s. 43’s protection. This is the law as we must take it in order to assess its constitutionality. To essentially rewrite it before validating its constitutionality is to hide the constitutional imperative.

140 The role of the courts when applying defences must be contrasted with the role of courts when they

expressément aux tribunaux de créer de nouvelles infractions de common law. Toute infraction criminelle doit être créée par voie législative. Par contre, les tribunaux ont été et demeurent les gardiens des moyens de défense reconnus par la common law. Cela reflète le rôle qu’ils jouent en tant que responsables de l’application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle, y compris, en particulier, la notion fondamentale de faute qui ne peut être atténuée ou remplacée que par voie législative.

L’arrêt récent de la Cour *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24, illustre cette interprétation classique et judicieuse. L’arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, peut être considéré comme une exception du fait qu’il restreint la portée d’un moyen de défense prévu par la loi sans pour autant parvenir à un résultat constitutionnellement acceptable, comme je tenterai de le démontrer plus loin.

Dans la présente affaire, on nous demande de restreindre la portée d’un moyen de défense prévu par le législateur ou d’abolir complètement ce moyen de défense. Si nous accédons à cette demande, comme nous devons le faire selon moi, ce doit être en raison d’impératifs constitutionnels supérieurs. En l’absence d’une conclusion à l’existence d’une violation de la Constitution par le législateur, j’estime que l’interprétation atténuée que la Juge en chef donne au moyen de défense prévu par la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu’ils doivent jouer en matière criminelle.

Jusqu’à maintenant, les tribunaux, y compris la Cour, se sont à juste titre concentrés sur ce qui constitue une force « raisonnable dans les circonstances ». Ils n’ont érigé aucune barrière préventive. Rien dans la loi, interprétée correctement, n’indique que le législateur a voulu qu’un comportement échappe d’emblée à la protection de l’art. 43. C’est ainsi qu’il faut interpréter la règle de droit en cause pour en évaluer la constitutionnalité. Récrire pour ainsi dire la loi de manière à pouvoir en confirmer la constitutionnalité revient à masquer l’impératif constitutionnel.

Le rôle que les tribunaux jouent en appliquant un moyen de défense doit être différencié de celui

are called upon to examine the constitutional validity of criminal offences. In such cases, it is entirely appropriate for the courts to interpret the provisions that proscribe conduct in a manner that least restricts “the liberty of the subject”, consistent with the wording of the statute and the intent of Parliament. This is what was done in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, for example. But such a technique cannot be employed to restrict the scope of statutory defences without the courts compromising the core of their interplay with Parliament in the orderly development and application of the criminal law.

In the end, I will conclude, not unlike the Chief Justice, that the use of corrective force by parents and teachers against children under their care is only permitted when the force is minimal and insignificant. I so conclude not because this is what the *Code* currently provides but because it is what the Constitution requires.

II. Analysis

Before turning to the constitutional challenge brought before us by the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (the “Foundation”), we must expose the current state of the law in Canada on the use of force against children by way of correction. Section 43 of the *Code*, under the heading “Protection of Persons in Authority”, provides that:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

Section 43 is situated among many other sections of the *Code* which justify the use of force in a variety of circumstances: s. 27 justifies the use of reasonable force to prevent the commission of an offence; s. 30 justifies the reasonable use of force to prevent a breach of the peace; s. 32 justifies the use of reasonable force to suppress a riot; s. 34 justifies the use of force in self-defence against an unprovoked assault; s. 35 justifies the use of force in

qu’ils sont appelés à jouer en examinant la constitutionnalité d’une infraction criminelle. Dans ces cas, il convient parfaitement que les tribunaux donnent aux dispositions interdisant un comportement l’interprétation qui porte le moins possible atteinte à « la liberté du sujet » et qui est conforme au libellé de la loi et à l’intention du législateur. C’est ce que la Cour a fait notamment dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Cependant, les tribunaux ne peuvent utiliser cette technique pour restreindre la portée d’un moyen de défense prévu par la loi sans ébranler le fondement même de leur interaction avec le législateur en matière d’établissement et d’application ordonnés des règles de droit criminel.

En définitive, je conclurai, un peu comme le fait la Juge en chef, que les parents et instituteurs ne peuvent employer qu’une force minimale et insignifiante pour corriger un enfant confié à leurs soins. Ma conclusion repose non pas sur ce que le *Code* prévoit actuellement, mais sur ce qu’exige la Constitution.

II. Analyse

Avant d’examiner la contestation constitutionnelle soumise par la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (la « Fondation »), il nous faut exposer l’état actuel du droit au Canada en ce qui concerne l’emploi de la force pour corriger un enfant. L’article 43 du *Code*, sous la rubrique « Protection des personnes exerçant l’autorité », prévoit ceci :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

L’article 43 est l’une des nombreuses dispositions du *Code* qui permettent l’emploi de la force dans diverses circonstances : l’art. 27 permet l’emploi d’une force raisonnable pour empêcher la perpétration d’une infraction; l’art. 30 permet l’emploi d’une force raisonnable pour empêcher une violation de la paix; l’art. 32 permet l’emploi d’une force raisonnable pour réprimer une émeute; l’art. 34 permet l’emploi de la force pour se défendre

141

142

143

self-defence in the case of aggression; s. 37 justifies the use of force in defence of oneself to prevent assault; s. 39 justifies the use of force in defence of personal property with a claim of right; s. 40 justifies the use of force in preventing any person from forcibly breaking into a dwelling-house; and s. 41 justifies the use of force in preventing any person from trespassing on a dwelling-house or real property.

144

As I indicated earlier, s. 43 may be relied on in defence of any charge which stems from the use of force. Section 265(1) of the *Code* defines assault in the following terms:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe upon reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

The application of the assault provision reads:

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

145

This definition becomes the foundation for the prohibition of a range of offences that have as their central feature the non-consensual use of force, with aggravating circumstances or consequences. For example, assault with a weapon or assault causing bodily harm (which includes psychological harm — *per Cory J. in R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 81) is defined under s. 267 of the *Code* as:

contre une attaque non provoquée; l'art. 35 permet l'emploi de la force pour se défendre contre une agression; l'art. 37 permet l'emploi de la force pour résister à une attaque ou pour la prévenir; l'art. 39 permet l'emploi de la force pour défendre la possession d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué; l'art. 40 permet l'emploi de la force pour empêcher quiconque de pénétrer par effraction dans une maison d'habitation; l'art. 41 permet l'emploi de la force pour empêcher l'intrusion dans une maison d'habitation ou un bien immeuble.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 43 peut être opposé à toute accusation découlant de l'emploi de la force. Voici la définition que le par. 265(1) du *Code* donne des voies de fait :

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

En ce qui concerne son application, la disposition prévoit :

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

Cette définition justifie l'interdiction de commettre de multiples infractions caractérisées principalement par l'emploi non consensuel de la force, auquel s'ajoutent des circonstances ou des conséquences aggravantes. Par exemple, l'art. 267 du *Code* définit ainsi l'agression armée ou l'infraction de lésions corporelles (y compris les blessures psychologiques — le juge Cory dans l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 81) :

267. Every one who, in committing an assault,

(a) carries, uses or threatens to use a weapon or an imitation thereof, or

(b) causes bodily harm to the complainant,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

Section 2 of the *Code* defines bodily harm as: “any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature”. Eventually, the application of non-consensual force can lead to homicide: murder, if accompanied by an intention to kill, or manslaughter if death is caused by an unlawful act such as an assault.

In many instances Parliament has explicitly foreclosed the application of certain defences to certain charges. This is so, for example, with respect to the defence of provocation in s. 232 of the *Code*. Provocation is only available as a defence to murder and not to any other offence (*R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.). By contrast, Parliament has not explicitly limited the defence under s. 43 to certain offences. Therefore the use of corrective force against children by parents and teachers is justified, even though it may cause bodily harm, as defined in s. 2 of the *Code*, if it is reasonable under the circumstances.

It was noted in *Pickard, supra*, at para. 16, that “it is at least theoretically possible to cause bodily harm with reasonable force”. Indeed s. 43 has been raised successfully in defence of more than mere common assault (see para. 133).

Parliament has not dictated *a priori* that uses of force will never be reasonable in any circumstances.

267. Est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’un emprisonnement maximal de dix-huit mois quiconque, en se livrant à des voies de fait, selon le cas :

a) porte, utilise ou menace d’utiliser une arme ou une imitation d’arme;

b) inflige des lésions corporelles au plaignant.

Selon l’article 2 du *Code*, l’expression « lésions corporelles » s’entend de la « [b]lessure qui nuit à la santé et au bien-être d’une personne et qui n’est pas de nature passagère ou sans importance ». Il peut arriver que l’emploi non consensuel de la force mène à l’homicide, c’est-à-dire au meurtre, s’il y a intention de tuer, ou à l’homicide involontaire coupable, si le décès résulte d’un acte illégal telle une agression.

Dans de nombreux cas, le législateur a expressément écarté la possibilité d’opposer un certain moyen de défense à une accusation donnée. C’est le cas, par exemple, du moyen de défense fondé sur la provocation prévu à l’art. 232 du *Code*. La provocation comme moyen de défense ne peut être invoquée que pour un meurtre, à l’exclusion de toute autre infraction (*R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.). Par contre, le législateur n’a pas explicitement limité à certaines infractions la possibilité d’invoquer le moyen de défense prévu à l’art. 43. Les parents et instituteurs sont donc fondés à employer la force pour corriger un enfant, même s’il peut en résulter des lésions corporelles au sens de l’art. 2 du *Code*, pourvu que la force employée soit raisonnable dans les circonstances.

Dans la décision *Pickard*, précitée, par. 16, la cour a souligné qu’ [TRADUCTION] « il se peut, en théorie du moins, que des lésions corporelles résultent de l’emploi d’une force raisonnable ». En fait, l’art. 43 a été opposé avec succès à des accusations plus graves que celle de voies de fait simples (voir par. 133).

Le législateur n’a pas décidé *a priori* que l’emploi de la force ne sera jamais raisonnable. Le cadre

146

147

148

The statutory framework is one that leaves the appreciation of reasonableness to the courts to develop on a case-by-case basis as the myriad of live circumstances are brought before the courts or are screened out by prosecutorial discretion. This is not a novel approach either in the law generally or within the criminal law context where reasonableness often plays a crucial part in the determination of criminal responsibility. Appellate courts review findings of reasonableness, or the lack thereof, while remaining generally attuned to the reality that reasonableness is intensely fact-specific. This is reflected in the broad expression “reasonable under the circumstances” which has precluded, until today, the demarcation, at the outset, of some sets of circumstances as unreasonable in all cases (e.g., “use of objects or blows or slaps to the head” as described by the Chief Justice, at para. 40).

149 In light of the framework established by Parliament for the s. 43 defence, we must now examine its application by the courts to date.

150 Two cases have been heralded as the most important in establishing parameters for the interpretation of s. 43. This Court in *Ogg-Moss, supra*, at p. 183, has stated that s. 43 must be strictly construed because it has the effect of depriving individuals or groups of equal protection under the criminal law, specifically the right to be free from unconsented invasions of physical security or dignity. In *Ogg-Moss, supra*, the Court provided additional guidance with regard to one of the two key definitional aspects of s. 43, the requirement that force be used “by way of correction”. In Dickson J.’s view (as he then was), force administered “by way of correction” requires that the person applying the force intends it for corrective purposes and that the child at whom the force is directed is capable of learning.

151 The scope of the second key aspect of the provision, “reasonable under the circumstances”,

législatif laisse aux tribunaux le soin d’apprécier le caractère raisonnable de l’emploi de la force en fonction des faits de chacun des innombrables cas qui leur sont soumis à la suite de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cette approche n’est pas nouvelle dans le contexte du droit en général ni dans celui du droit criminel où le caractère raisonnable joue souvent un rôle crucial dans la détermination de la responsabilité. Les cours d’appel examinent des conclusions relatives au caractère raisonnable en étant généralement conscientes que le caractère raisonnable dépend énormément des faits propres à chaque affaire. C’est ce que reflète l’expression générale « raisonnable dans les circonstances » qui, jusqu’à ce jour, a empêché que certains comportements soient considérés d’emblée comme étant déraisonnables dans tous les cas (par exemple, « l’utilisation d’un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête » que la Juge en chef mentionne au par. 40).

À la lumière du cadre établi à cet égard par le législateur, nous devons maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont, jusqu’à ce jour, appliqué le moyen de défense prévu à l’art. 43.

Deux arrêts sont considérés comme les plus importants en ce qui a trait à l’établissement de paramètres pour l’interprétation de l’art. 43. Dans l’arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 183, la Cour affirme que l’art. 43 doit recevoir une interprétation stricte étant donné qu’il a pour effet d’ôter à des personnes ou à des groupes la protection que le droit criminel offre également à tous, à savoir le droit de chacun d’être protégé des atteintes à sa sécurité physique et à sa dignité sans son consentement. Dans cet arrêt, la Cour donne d’autres indications sur l’une des deux caractéristiques principales de l’art. 43, à savoir l’exigence que la force soit employée « pour corriger ». Selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef), la force employée « pour corriger » exige que la personne qui emploie la force le fasse pour infliger une correction et que l’enfant ainsi corrigé soit capable d’en tirer une leçon.

La portée de la deuxième caractéristique principale de la disposition, à savoir l’exigence que la

is much more difficult to determine. Indeed, the Saskatchewan Court of Appeal's attempt at interpreting this phrase in *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453, is perhaps the most frequently cited case on the parameters of reasonableness under s. 43. In *Dupperon*, at p. 460, the Court of Appeal set out some factors to guide the determination of whether force exceeds what is reasonable under the circumstances. The factors, which are to be considered from both an objective and subjective standpoint, are:

- the nature of the offence calling for correction;
- the age and character of the child;
- the likely effect of the punishment on this particular child;
- the degree of gravity of the punishment;
- the circumstances under which the punishment was inflicted; and
- the injuries, if any, suffered.

The Court of Appeal added that if the child suffered injuries which may endanger life, limbs or health or if the child was disfigured, that alone would be sufficient to find that the punishment was unreasonable.

(1) *Applications of the Section 43 Test Post-Dupperon*

The following provides some recent examples of cases decided after the judicial interpretation in *Ogg-Moss, supra*, and *Dupperon, supra*, in which more severe physical discipline, including discipline involving blows to the face and discipline with an implement, has been found to be reasonable.

(a) Acquittals of Teachers Using Force

In *R. v. Wetmore* (1996), 172 N.B.R. (2d) 224 (Q.B. (T.D.)), a high school teacher, who did not believe in suspension as a sanction, applied his

force employée soit « raisonnable dans les circonstances », est beaucoup plus difficile à déterminer. En fait, l'arrêt *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453, dans lequel la Cour d'appel de la Saskatchewan a tenté d'interpréter cette expression, est peut-être celui qui est le plus souvent cité quant aux paramètres dont il faut tenir compte pour déterminer ce qui est raisonnable au sens de l'art. 43. À la p. 460 de cet arrêt, la Cour d'appel énonce certains facteurs utiles pour décider si la force employée dépasse la mesure raisonnable dans les circonstances. Ces facteurs, qui doivent être considérés objectivement et subjectivement, sont les suivants :

- la nature de la faute à l'origine de la correction infligée;
- l'âge et le caractère de l'enfant;
- l'effet probable du châtement sur cet enfant;
- la sévérité du châtement;
- les circonstances dans lesquelles le châtement a été infligé;
- les blessures subies, s'il en est.

La Cour d'appel a ajouté que, si l'enfant a subi des blessures susceptibles de constituer un risque pour sa vie, son intégrité physique ou sa santé, ou encore si l'enfant a été défiguré, cela peut suffire pour que le châtement soit jugé déraisonnable.

(1) *Application du critère de l'article 43 après l'arrêt Dupperon*

Voici quelques exemples de décisions récentes rendues après les arrêts *Ogg-Moss* et *Dupperon*, précités, où un châtement corporel plus sévère comportant notamment des coups au visage et l'utilisation d'un objet a été jugé raisonnable.

a) Acquittements d'instituteurs ayant employé la force

Dans l'affaire *R. c. Wetmore* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 224 (B.R. (1^{re} inst.)), un enseignant d'école secondaire, qui ne croyait pas à l'efficacité de la

152

153

training in karate to discipline four students in his grade 10 class. He demonstrated his karate skills on the students, striking them about the shoulders and hitting one student's face and the hands of another student which were covering the student's face. The judge noted that there were no injuries, that the force used was "minimal" and that the obnoxious behaviour of the students was effectively controlled (para. 13). It was reasonable for the teacher to use physical force to instill fear in the high school students to gain their respect. The judge noted that "[w]hile the punishment rendered might be unorthodox, it was not unreasonable" (para. 22).

suspension en tant que sanction, s'était servi de sa connaissance du karaté pour corriger quatre élèves de dixième année. Il avait fait une démonstration de karaté aux élèves en les frappant à la hauteur des épaules et avait atteint un élève au visage et un autre aux mains alors qu'il se protégeait le visage. Le juge a fait observer qu'il n'y avait pas eu de blessure et que la force employée avait été « minime » et avait permis de mettre fin au comportement insupportable des élèves (par. 13). Il était raisonnable que l'enseignant emploie la force physique pour inspirer la crainte chez les élèves du secondaire et ainsi gagner leur respect. Le juge a ajouté : « Si l'on peut qualifier la punition de peu orthodoxe, on ne peut dire, par contre, qu'elle était déraisonnable » (par. 22).

154 In *R. v. Graham* (1995), 160 N.B.R. (2d) 306 (Q.B. (T.D.)), a school principal lifted an 8 or 9-year-old girl out of her desk and struck her buttocks. A red mark remained on her buttocks for 24 hours. The child was being inattentive and disruptive in class. She was not doing her work and was bothering other children. The judge followed older cases in which it was held that a slight wound was not determinative given that corporal punishment must be severe enough to take effect lest it encourages "indifference", "independence and defiance" (para. 11).

Dans l'affaire *R. c. Graham* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 306 (B.R. (1^{re} inst.)), un directeur d'école avait soulevé de sa chaise une fillette de 8 ou 9 ans et lui avait donné la fessée. Une marque rouge était restée imprimée sur les fesses de la fillette pendant 24 heures. L'enfant était dissipée. Elle ne travaillait pas en classe et dérangeait les autres. Le juge a suivi la jurisprudence voulant qu'une blessure légère ne soit pas déterminante étant donné que le châtimeur corporel infligé doit être assez sévère pour être efficace et éviter qu'il devienne une cause « d'indifférence », voire « d'indifférence et de défi » (par. 11).

155 In *R. v. Plourde* (1993), 140 N.B.R. (2d) 273 (Prov. Ct.), a grade 8 teacher faced with undisciplined behaviour in the classroom picked up one of the students to remove him from the classroom and banged his back on the chalkboard, causing a red mark on his back and red marks on his forearm. When the teacher returned, he confronted another student who began to stand up. The teacher slapped him on the head while grabbing him by the shoulders to make him sit down. A girl called the teacher crazy. The teacher grabbed her arm and pulled her to the intercom where he called the principal. The judge said that this teacher, facing "insolent behaviour", must ensure respect for authority (para. 8). It had not been shown that the force was unreasonable under the circumstances.

Dans l'affaire *R. c. Plourde* (1993), 140 R.N.-B. (2^e) 273 (C. prov.), un enseignant de huitième année aux prises avec des élèves indisciplinés avait entrepris d'expulser l'un d'eux de la classe. Ce faisant, il avait soulevé l'élève et l'avait poussé contre le tableau, lui imprimant ainsi des marques rouges au dos et à l'avant-bras. À son retour, l'enseignant avait affronté un autre élève qui s'était alors levé. Il l'avait frappé à la tête tout en le saisissant par les épaules pour le contraindre à s'asseoir. Une élève l'avait alors traité de cinglé. Il l'avait attrapée par le bras, puis l'avait tirée jusqu'à l'interphone, d'où il avait appelé le directeur. Le juge a affirmé que, face à un « comportement insolent », l'enseignant devait faire respecter l'autorité (par. 8). On n'avait pas démontré que la force employée était déraisonnable dans les circonstances.

For other instances of acquittals of teachers see: *R. v. Caouette*, [2002] Q.J. No. 1055 (QL) (C.Q.), where a teacher grabbed a 12-year-old student by the throat with both hands, then gave him a “cuff” in the stomach with an open hand; *R. v. Skidmore*, Ont. C.J., No. 8414/99, June 27, 2000, *per* Nosanchuk J., where a teacher grabbed a 13-year-old boy by the arm and throat and pushed him up against a wall; *R. v. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174 (P.E.I. Prov. Ct.), where a teacher struck an 11-year-old boy in the face with an open hand; and *R. v. Fonder*, [1993] Q.J. No. 238 (QL) (C.A.), where a teacher hit a 14-year-old on the head with a book.

(b) Acquittals Involving Use of Force to the Face or Head

In *R. v. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL) (Prov. Div.), a father hit his 11-year-old son in the face with an open hand during an argument in which the child swore. The father testified that his purpose in smacking his son was to “stamp out” the son’s foul language and “attitude” right there and then. When the child went to school that afternoon, a teacher noticed finger marks on the boy’s cheek.

In *R. v. Wood* (1995), 176 A.R. 223 (Prov. Ct.), a father slapped his 4-year-old child on the face when he refused to stop yelling during the course of his lunch. The boy was suffering from an ear infection at the time and attended at a hospital that same day for treatment. The first thing that the attending physician noticed upon examination of the child were marks on the side of his face opposite to that side which involved the draining ear. “[A]n actual imprint of a hand was visible on the child’s face” (para. 5). Citing several examples, the judge noted that “the administration of a slap to the head of a child is not per se excessive force constituting an assault” (para. 14).

In *R. v. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL) (S.C.), a stepfather grabbed his stepdaughter by the hair and pushed her head against a cupboard during a disagreement. Despite the fact that the provincial

Pour d’autres cas d’acquittement d’un instituteur, voir l’affaire *R. c. Caouette*, [2002] J.Q. n° 1055 (QL) (C.Q.), où un enseignant avait saisi à la gorge avec ses deux mains un élève de 12 ans, et l’avait ensuite frappé du plat de la main à l’abdomen; l’affaire *R. c. Skidmore*, C.J. Ont., n° 8414/99, 27 juin 2000, le juge Nosanchuk, où un enseignant avait attrapé un garçon de 13 ans par le bras et la gorge et l’avait poussé contre le mur; l’affaire *R. c. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174 (C. prov. Î.-P.-É.), où un enseignant avait giflé un garçon de 11 ans; l’affaire *R. c. Fonder*, [1993] A.Q. n° 238 (QL) (C.A.), où un enseignant avait donné à un élève de 14 ans un coup de livre sur la tête.

b) Acquittements — Emploi de la force ayant consisté à porter des coups au visage ou à la tête

Dans l’affaire *R. c. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL) (Div. prov.), un père avait giflé son fils de 11 ans qui avait juré au cours d’une dispute. Le père a témoigné qu’il avait giflé son fils afin d’[TRADUCTION] « enrayer » sur-le-champ son « attitude » et son langage grossiers. Lorsque l’enfant s’était rendu à l’école l’après-midi même, un enseignant avait remarqué la présence de marques de doigt sur sa joue.

Dans l’affaire *R. c. Wood* (1995), 176 A.R. 223 (C. prov.), un père avait giflé son enfant de 4 ans parce qu’il n’arrêtait pas de hurler en mangeant. Le garçon, qui souffrait alors d’une infection à l’oreille, s’était rendu à l’hôpital le même jour pour y être traité. La première chose que le médecin traitant avait remarquée en examinant l’enfant était la présence de marques au visage du côté opposé à celui de l’oreille infectée. [TRADUCTION] « On pouvait apercevoir l’empreinte d’une main sur le visage de l’enfant » (para. 5). À l’aide de plusieurs exemples, le juge a fait observer que [TRADUCTION] « la tape donnée sur la tête d’un enfant n’est pas en soi une force excessive constituant des voies de fait » (para. 14).

Dans l’affaire *R. c. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL) (C.S.), lors d’une dispute, un beau-père avait attrapé sa belle-fille par les cheveux et l’avait poussée tête première contre une armoire. En dépit

156

157

158

159

court judge described the stepfather as “more angry than he is now prepared to admit”, Leggatt J. found that the force used was minimal.

160 For other acquittals involving use of force to the face or head see: *Fonder, supra*; *Plourde, supra*; *Wetmore, supra*; and *Gallant, supra*.

161 For other acquittals involving serious infliction of injury on children see: *R. v. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414 (B.C.C.A.), where the accused used electrical tape to restrain the 3-year-old nephew of his common-law wife in a chair; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108 (Man. C.A.), where a father kicked his 8-year-old son for having spilled a packet of sunflower seeds on the floor after being asked not to open the packet; *R. v. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26 (Q.B.), where a father disciplined his 8-year-old son causing marks of bruising and discolouration; and *R. v. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL) (Terr. Ct.), where a foster mother slapped a 7-year-old on the hand and wrist approximately 12 times causing bruising.

(c) Acquittals Involving Use of Force Against Teenagers

162 In *G.C.C., supra*, a father struck his 14-year-old daughter with a belt three to four times across the top of the back of her legs, leaving welts and bruises. He was charged with assault with a weapon *per s. 245.1(1)(a)* of the *Code*. Despite expressing the personal view that the use of a belt in disciplining is always unreasonable, the judge, citing several authorities as examples, noted that there are occasions when the law recognizes such behaviour as not criminal (para. 44). He concluded that the force used was not unreasonable in the circumstances.

163 In *Pickard, supra*, a father, seeking to forcibly remove his 15-year-old son from a room in order to show him “who was boss” (para. 10), was

de l’affirmation du juge de la cour provinciale selon laquelle le beau-père était [TRADUCTION] « plus en colère qu’il n’est maintenant disposé à l’admettre », le juge Leggatt a conclu que la force employée était minime.

Pour d’autres cas d’acquittement où la force employée avait consisté à porter des coups au visage ou à la tête, voir les affaires *Fonder, Plourde, Wetmore* et *Gallant*, précitées.

Pour des acquittements prononcés dans des cas où un enfant avait subi des blessures graves, voir l’affaire *R. c. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414 (C.A.C.-B.), où l’accusé s’était servi de ruban isolant pour immobiliser sur une chaise le neveu de 3 ans de sa conjointe de fait; l’affaire *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108 (C.A. Man.), où un père avait donné un coup de pied à son fils de 8 ans qui avait répandu sur le plancher le contenu d’un emballage de graines de tournesol qu’il lui avait interdit d’ouvrir; l’affaire *R. c. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26 (B.R.), où un père avait causé des hématomes et des ecchymoses à son fils de 8 ans en le corrigeant; l’affaire *R. c. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL) (C. terr.), où une mère de famille d’accueil avait frappé environ 12 fois, sur la main et le poignet, un enfant de 7 ans et lui avait ainsi infligé des contusions.

c) Acquittements — Emploi de la force contre un adolescent

Dans l’affaire *G.C.C.*, précitée, un père avait utilisé une ceinture pour frapper trois ou quatre fois, à l’arrière des cuisses, sa fille de 14 ans, lui causant ainsi des zébrures et des contusions. Une accusation d’agression armée, fondée sur l’al. 245.1(1)a) du *Code*, avait été portée contre lui. Tout en se disant d’avis que l’emploi d’une ceinture pour infliger une correction était toujours déraisonnable, le juge a fait remarquer, à l’aide de plusieurs exemples de décision, qu’il y a des cas où la loi considère qu’un tel comportement n’est pas criminel (par. 44). Il a conclu que la force employée n’était pas déraisonnable dans les circonstances.

Dans l’affaire *Pickard*, précitée, un père avait été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles après avoir tenté d’expulser son fils de 15 ans

charged with assault causing bodily harm. The father punched his son and knocked him down. This resulted in scratches and a bruise on the son's forehead and caused him "considerable pain and discomfort" (para. 13) for several days. The court acquitted the father of assault on the grounds that he and his son were physically almost evenly matched and "[a]nything less than a hard blow to [the son's] body would have failed to evoke a submissive response" (para. 19).

In *R. v. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL) (Prov. Div.), a stepfather, in response to offensive comments from his stepson, struck the 13-year-old boy in the mouth with an open hand causing a swollen lip. While noting that a "parent delivering a blow to the head area of a child is definitely entering dangerous waters" (para. 24), the court found that in the circumstances the force was reasonable as the boy's behaviour warranted corrective action on the part of the parent. The court also noted that the "fact that an injury results from the punishment of a child does not in and of itself prove that the force was excessive" (para. 23).

For other acquittals involving the use of force on teenagers see: *Fritz*, *supra*, where an aunt and uncle of two teenaged girls (13 and 14) were charged with assault with a weapon. The uncle told his nieces to strip to their bra and panties and strapped them with a plastic belt across the buttocks and thighs; *R. v. Holmes*, [2001] Q.J. No. 7640 (QL) (Sup. Ct.), where a teacher lifted a 13-year-old boy from the floor using a wrestling hold to the back of the head and under the chin; and *R. v. Harriott* (1992), 128 N.B.R. (2d) 155 (Prov. Ct.), where a teacher grabbed and shook a 14-year-old by the head and pushed him into his seat. See also *Wetmore*, *supra*; *Plourde*, *supra*; *Fonder*, *supra*; and *Skidmore*, *supra*.

d'une pièce pour lui montrer [TRADUCTION] « qui était le patron » (par. 10). Le père avait jeté son fils à terre d'un coup de poing, lui causant des égratignures et une contusion au front, ainsi qu'« une douleur et un malaise considérables » ayant perduré pendant plusieurs jours (par. 13). Le père a été acquitté parce que son fils et lui avaient presque la même stature et que, « seul un solide coup porté au corps [du fils] pouvait permettre de le maîtriser » (par. 19).

Dans l'affaire *R. c. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL) (Div. prov.), réagissant à l'insolence dont il était l'objet de sa part, un beau-père avait frappé, du plat de la main à la bouche, son beau-fils de 13 ans qui s'était retrouvé la lèvre enflée. Tout en soulignant qu'[TRADUCTION] « il n'y a pas de doute qu'un père ou une mère qui frappe son enfant à la tête s'aventure sur un terrain glissant » (par. 24), la cour a conclu que, dans les circonstances, la force employée était raisonnable étant donné qu'en raison de son comportement le garçon méritait d'être corrigé par son père ou sa mère. Elle a ajouté que le « fait que le châtement ait causé une blessure à l'enfant ne prouve pas en soi que la force employée était excessive » (par. 23).

Pour d'autres acquittements prononcés dans des cas où la force avait été employée contre un adolescent, voir l'affaire *Fritz*, précitée, où la tante et l'oncle de deux adolescentes (âgées respectivement de 13 et 14 ans) avaient été accusés d'agression armée. L'oncle avait demandé à ses nièces de se dévêtir et de ne conserver que leur soutien-gorge et leur slip et avait utilisé une ceinture de plastique pour les frapper aux fesses et aux cuisses; l'affaire *R. c. Holmes*, [2001] J.Q. n° 7640 (QL) (C.S.), où un enseignant avait soulevé de terre un garçon de 13 ans en le tenant par l'arrière de la tête et la gorge à la manière d'un lutteur; l'affaire *R. c. Harriott* (1992), 128 R.N.-B. (2^e) 155 (C. prov.), où un enseignant avait secoué un élève de 14 ans en le tenant par la tête et l'avait contraint de s'asseoir en le poussant sur sa chaise. Voir également les affaires *Wetmore*, *Plourde*, *Fonder* et *Skidmore*, précitées.

164

165

(d) Acquittals Involving Use of Force Against Children Under 2

166

In *R. v. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485 (Man. Prov. Ct.), two of the children were 2 years old and a third child was almost 3½ years of age when the foster-mother/aunt hit the children with a belt on their diapered bottoms, sometimes leaving red marks. In the absence of evidence describing the type of belt used (i.e., what it was made of, its length, or width, or whether it had a buckle), the judge felt unable to assess whether the use of the belt was unreasonable and excessive in the circumstances (para. 22). One child was also struck in the chest with an open hand. The judge noted, at para. 23, that

[w]hile clearly a child's chest should never be struck as a disciplining measure, there is no evidence in this case from which it could be concluded that the force used during this particular incident was excessive.

(e) Acquittals Involving the Use of Implements

167

In *Bell, supra*, a father was charged with assault with a weapon for striking his 11-year-old son with a belt two or three times for stealing candy and lying about it. At least one blow struck the child on his right thigh which left a bruise that matched the shape of the buckle. The judge noted, at para. 30:

When appropriate deference is shown to the parent's value system and to their decision that they see the transgression as serious, then the infliction of some pain and a bruise that is merely transient or trifling in nature . . . cannot as a matter of law, constitute unreasonable force.

168

In *R. v. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118 (Nfld. Prov. Ct.), the use of a belt by a father in correcting his 11-year-old daughter which resulted in some bruising was held to fall within the parameters of the s. 43 defence. Though the discipline "must have had a significant impact on [the daughter]" (para. 37), evidenced by the fact that she reported the incident to a social worker, the judge went on to find somewhat contradictorily that the injury "was of transient and perhaps trifling consequence for

d) Acquittements — Emploi de la force contre un enfant de moins de 2 ans

Dans l'affaire *R. c. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485 (C. prov. Man.), deux des enfants avaient 2 ans et le troisième avait presque 3 ans et demi lorsque leur tante, qui était leur mère de famille d'accueil, les avait frappés sur la couche avec une ceinture, leur imprimant parfois des marques rouges aux fesses. Faute de preuve concernant le type de ceinture employée (c'est-à-dire la matière dont elle était fabriquée, sa longueur ou sa largeur, la présence ou l'absence d'une boucle), le juge s'est senti incapable de décider si l'emploi de la ceinture était déraisonnable et excessif dans les circonstances (par. 22). L'un des enfants avait également été frappé du plat de la main à la poitrine. Le juge a souligné, au par. 23, que

[TRADUCTION] [m]ême s'il est clair que l'on ne doit jamais frapper un enfant à la poitrine pour le corriger, rien ne permet de conclure en l'espèce que la force employée était excessive.

e) Acquittements — Emploi d'un objet

Dans l'affaire *Bell*, précitée, un père avait été accusé d'agression armée après avoir frappé deux ou trois fois, avec une ceinture, son fils de 11 ans qui avait volé un bonbon et menti à ce sujet. L'enfant avait été atteint au moins une fois à la cuisse droite, et la contusion alors causée avait la même forme que la boucle de la ceinture. Le juge a dit, au par. 30 :

[TRADUCTION] Si l'on s'en remet, comme il se doit, à l'échelle des valeurs des parents et à leur décision de considérer que la faute commise est grave, l'infliction d'une douleur et d'une contusion simplement passagère ou sans importance [. . .] ne saurait équivaloir en droit à l'emploi d'une force déraisonnable.

Dans la décision *R. c. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118, la Cour provinciale de Terre-Neuve a estimé qu'un père ayant corrigé sa fille de 11 ans avec une ceinture et lui ayant causé des contusions pouvait invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43. Tout en considérant que la correction avait [TRADUCTION] « dû avoir un effet important sur [la fillette] » (par. 37), étant donné qu'elle l'avait signalée à un travailleur social, le juge s'est quelque peu contredit en concluant que la blessure

her” (para. 39). Interestingly, despite dismissing the charges against the father, the judge also noted, at para. 33:

I am satisfied that if L.K. and his wife and their children, rethought the whole matter of discipline they could probably come to the conclusion that the use of force could be abandoned and other effective sanctions could be devised by them as disciplinary measures.

In *R. v. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL) (Terr. Ct.), a father strapped his 12-year-old daughter about four or five times with a leather belt that was doubled over twice. She sustained bruises, which doctors predicted would disappear within seven to ten days. The court described the punishment as “an administration of short-term pain in the hope that it will have a corrective effect on the child” (para. 7). Finding that the accused’s conduct was justified, the court dismissed the charges against him.

For another instance of an acquittal where a child was struck with a belt, see: *R. v. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 87-91, where a grandfather struck his granddaughter on her behind with a belt. For instances of acquittals involving the striking of children with other implements, see: *N.S.*, *supra*, where a father was charged with assault with a weapon causing bodily harm for punishing his two children with a horse harness leaving welts; *R. v. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL) (Prov. Div.), where a mother hit her 6-year-old on the buttocks with a plastic ruler, causing bruises and red marks; and *R. v. Dunfield* (1990), 103 N.B.R. (2d) 172 (Q.B. (T.D.)), where a foster mother hit a 9-year-old on the arm with a ruler causing bruising and breaking the ruler. See also *Fritz*, *supra*.

It is this body of law that the appellant attacks as unconstitutional. Absent a constitutional challenge, the law would likely continue to evolve and would no doubt reflect changing attitudes in society regarding the merits and acceptability of the

[TRADUCTION] « avait sur elle des conséquences passagères, voire sans importance » (par. 39). Fait intéressant, tout en rejetant les accusations portées contre le père, le juge a ajouté, au par. 33 :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, si L.K., son épouse et leurs enfants reconsidéraient toute la question de la discipline, ils pourraient probablement conclure à la possibilité d’abandonner l’emploi de la force pour infliger une correction et de le remplacer par d’autres mesures efficaces de leur cru.

Dans l’affaire *R. c. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL) (C. terr.), un père avait frappé quatre ou cinq fois sa fille de 12 ans avec une ceinture de cuir pliée en quatre. Celle-ci avait subi des contusions qui, selon les médecins, disparaîtraient dans un délai de sept à dix jours. La cour a estimé que le châtiment avait consisté à [TRADUCTION] « infliger à l’enfant une douleur de courte durée dans le but de l’éduquer » (par. 7). Après avoir conclu que le comportement de l’accusé était justifié, la cour a rejeté les accusations portées contre lui.

Pour un autre cas d’acquittal où un enfant avait été frappé avec une ceinture, voir l’affaire *R. c. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL) (C. prov.), par. 87-91, où un grand-père avait frappé le postérieur de sa petite-fille avec une ceinture. Pour des cas d’acquittal où des enfants avaient été frappés avec un autre objet, voir l’affaire *N.S.*, précitée, où un père avait été accusé d’agression armée causant des lésions corporelles après avoir puni ses deux enfants en les frappant avec un harnais de cheval qui leur avait causé des zébrures; l’affaire *R. c. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL) (Div. prov.), où une mère avait frappé son enfant de 6 ans sur les fesses avec une règle de plastique qui avait laissé sur l’enfant des contusions et des marques rouges; l’affaire *R. c. Dunfield* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 172 (B.R. (1^{re} inst.)), où une mère de famille d’accueil avait frappé un enfant de 9 ans au bras avec une règle qui s’était brisée et lui avait causé des contusions. Voir également l’affaire *Fritz*, précitée.

C’est ce courant jurisprudentiel que l’appelante qualifie d’inconstitutionnel. En l’absence d’une contestation constitutionnelle, le droit continuerait probablement d’évoluer et refléterait sans doute le changement, dans la société, des mentalités

169

170

171

corporal punishment of children. As a society, we have in the past tolerated or even encouraged the use of corporal punishment against women, apprentices, employees, passengers on ships and prisoners. Each of these practices eventually fell into disrepute without any constitutional intervention.

172

By the time of the codification of Canadian criminal law in 1892, the right to use corporal punishment on wives and servants was no longer legally justified (see S. D. Greene, “The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children’s Right to be Protected from Physical Assault, Part 1” (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288, at pp. 292-93). The physical discipline of apprentices by masters was codified in *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 55, and omitted in the 1955 version of the *Code* (S.C. 1953-54, c. 51; *Martin’s Criminal Code* (1955), at p. 118; see also D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 503). Whipping as a form of criminal punishment also survived the 1892 codification of criminal law, for such offences as rape and gross indecency. The penalty was later abolished in 1973 (see A. McGillivray, “‘He’ll learn it on his body’: Disciplining childhood in Canadian law” (1997), 5 *Int’l J. Child. Rts.* 193, at p. 199). Similarly, s. 44 added in the 1955 version of the *Code* which justified the use of force in maintaining discipline by a master or officer of a ship will be repealed when the 2001 amendments to the *Canada Shipping Act* come into force (S.C. 2001, c. 26, s. 294). As Cory J. (in dissent) noted in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 818:

What is acceptable as punishment to a society will vary with the nature of that society, its degree of stability and its level of maturity. The punishments of lashing with the cat-o-nine tails and keel-hauling were accepted forms of punishment in the 19th century in the British navy. Both of those punishments could, and not infrequently, did result in death to the recipient. By the end of the 19th century, however, it was unthinkable that such penalties would be inflicted. A more sensitive society had made such penalties abhorrent.

concernant le bien-fondé et le caractère acceptable du châtement corporel infligé à un enfant. En tant que société, nous avons, dans le passé, toléré, voire encouragé, l’infliction de châtements corporels aux femmes, aux apprentis, aux employés, aux passagers à bord d’un navire et aux prisonniers. Chacune de ces pratiques a fini par être dénoncée sans aucune intervention fondée sur la Constitution.

Au moment de la codification du droit criminel canadien en 1892, la loi n’autorisait plus l’infliction de châtements corporels aux épouses et aux domestiques (voir S. D. Greene, « The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code : Children’s Right to be Protected from Physical Assault, Part 1 » (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288, p. 292-293). Le droit d’un patron d’infliger un châtement corporel à un apprenti a été codifié dans le *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 55, et omis dans la version de 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51; *Martin’s Criminal Code* (1955), p. 118; voir également D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 503). Après la codification du droit criminel en 1892, le fouet est demeuré une sanction pénale applicable à certaines infractions comme le viol et la grossière indécence. Il a été aboli plus tard en 1973 (voir A. McGillivray, « “He’ll learn it on his body” : Disciplining childhood in Canadian law » (1997), 5 *Int’l J. Child. Rts.* 193, p. 199). De même, l’art. 44 ajouté dans la version de 1955 du *Code*, qui autorisait le capitaine, patron ou commandant d’un navire à employer la force pour maintenir la discipline, sera abrogé au moment de l’entrée en vigueur des modifications contenues dans la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26, art. 294. Comme le juge Cory (dissident) l’a fait observer dans l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 818 :

Ce qui est une peine acceptable pour une société dépend de la nature de cette dernière, de son degré de stabilité et de son niveau de maturité. La peine du fouet à neuf lanières et le supplice de la cale étaient des punitions acceptées dans la marine britannique, au XIX^e siècle. Or, ces deux peines pouvaient entraîner la mort et il est arrivé que ce fût le cas. Toutefois, à la fin du XIX^e siècle, ces peines étaient impensables. Une société plus sensible les avait rendues répugnantes.

That s. 43 is rooted in an era where deploying “reasonable” violence was an accepted technique in the maintenance of hierarchies in the family and in society is of little doubt. Children remain the only group of citizens who are deprived of the protection of the criminal law in relation to the use of force (A. McGillivray, “*R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality*” (1993), 16 C.R. (4th) 125, at pp. 129-30). Whether such policy ought to be acceptable today with respect to children is the subject of ongoing debate in society about the appropriateness and effectiveness of the use of corporal punishment by way of correction. We have not been asked to take a side in that debate. However, the issue is also the subject of the constitutional challenge brought before us by the Foundation. This legal challenge is what we must address.

The Foundation argues that the use of force permitted under s. 43, which exonerates a person who would otherwise be guilty of a crime, violates the constitutional rights of children and must be declared of no force or effect. I now turn to the appellant’s constitutional argument under s. 7 of the *Charter*.

(2) *Section 7*

Where an infringement of s. 7 is alleged, the analysis has three main stages: (1) determining whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination of these interests; (2) identifying and defining the relevant principle(s) of fundamental justice; and (3) determining whether the deprivation has occurred in accordance with the relevant principle(s) (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 38).

The parties agree that the first stage has been met, specifically that s. 43 engages the “security of the person” interest of children. The criminal law is the mechanism by which the state protects the liberty and security of its citizens. Where the application of the criminal law is withdrawn from a portion of the population, the state has removed the protective force of the law from this group. The absence of this protective force, and the correlative sanction by the state of what would otherwise be an assault,

Il n’y a pas de doute que l’art. 43 remonte à une époque où le recours à une violence « raisonnable » était acceptable pour maintenir la hiérarchie au sein de la famille et de la société. Les enfants demeurent le seul groupe de citoyens qui ne bénéficient pas de la protection du droit criminel en matière d’emploi de la force (A. McGillivray, « *R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality* » (1993), 16 C.R. (4th) 125, p. 129-130). Un débat de société entoure la question de savoir si cette politique est encore acceptable de nos jours et si l’infliction d’une correction au moyen d’un châtiment corporel est appropriée. On ne nous demande pas de prendre parti dans ce débat. Toutefois, la contestation constitutionnelle que la Fondation nous a soumise porte également sur cette question. C’est cet aspect de la contestation judiciaire que nous devons examiner.

Selon la Fondation, l’emploi de la force permis par l’art. 43, qui évite à une personne d’avoir à répondre de ce qui constituerait par ailleurs un crime, viole les droits que la Constitution garantit aux enfants et doit être déclaré inopérant. J’examine maintenant l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 7 de la *Charte*.

(2) *Article 7*

Lorsqu’une violation de l’art. 7 est alléguée, l’analyse qui doit être effectuée comporte trois étapes principales : (1) déterminer s’il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces droits; (2) identifier et définir le ou les principes de justice fondamentale applicables; (3) déterminer si l’atteinte est conforme aux principes applicables (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 38).

Les parties reconnaissent que la première étape est franchie, en ce sens que l’art. 43 met en jeu le droit de l’enfant à la « sécurité de sa personne ». Le droit criminel est le mécanisme par lequel l’État assure la liberté et la sécurité de ses citoyens. Lorsque l’État refuse l’application du droit criminel à une partie de la population, il la prive de la force protectrice de la loi. J’estime que l’absence de cette force protectrice, jumelée à la sanction corrélatrice par l’État d’un acte qui constituerait par ailleurs des voies de

173

174

175

176

suffices, in my view, to amount to a deprivation of children's security of the person interest. In *Ogg-Moss, supra*, at p. 187, the Court noted (although not in the context of the *Charter*) that s. 43 resulted in an "attenuation of [a child's] right to dignity and physical security". I will therefore proceed on the basis that s. 43 deprives children of their security of the person interest. The question then becomes whether this deprivation of children's security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice.

177

The appellant argues that s. 43 violates the principle of vagueness. I agree. A vague law violates the principles of fundamental justice as it offends two values that are fundamental to the legal system. First, vague laws do not provide "fair warning" to individuals as to the legality of their actions, making it more difficult to comply with the law. Second, vague laws increase the amount of discretion given to law enforcement officials in their application of the law, which may lead to arbitrary enforcement (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("Prostitution Reference"), at p. 1152; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 44-48 to 44-50).

178

The test for finding unconstitutional vagueness was first articulated by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. [Emphasis added.]

fait, suffit pour qu'il y ait atteinte au droit de l'enfant à la sécurité de sa personne. Dans l'arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 187, la Cour fait remarquer (quoique ce ne soit pas dans le contexte de la *Charte*) que l'art. 43 entraîne une « restriction [du] droit [de l'enfant] à la dignité et à la sécurité physique ». Je tiendrai donc pour acquis que l'art. 43 porte atteinte au droit de l'enfant à la sécurité de sa personne. Il faut alors se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale.

L'appelante fait valoir que la règle de la nullité pour cause d'imprécision s'applique à l'art. 43. Je suis d'accord. Une règle de droit imprécise viole les principes de justice fondamentale du fait qu'elle heurte deux valeurs fondamentales de notre système de justice. Premièrement, une règle de droit imprécise ne donne pas au citoyen un « avertissement raisonnable » quant à la légalité de ses actes, de sorte qu'il lui est plus difficile d'observer la loi. Deuxièmement, une règle de droit imprécise accroît le pouvoir discrétionnaire des responsables de son application, ce qui peut donner lieu à des mesures arbitraires (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1152; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 44-48 à 44-50).

Le critère permettant de conclure à l'imprécision inconstitutionnelle a été établi par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640 :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. [Je souligne.]

This test is well known, often cited, and is generally perceived as setting the bar high before a finding of vagueness can be asserted.

The doctrine of vagueness does not “require that a law be absolutely certain; no law can meet that standard” (*Prostitution Reference, supra*, at p. 1156). However, while discretion is inevitable, a law will be too vague if “the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances” (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, per Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ., at p. 983, albeit within s. 1).

In the *Prostitution Reference, supra*, at p. 1157, Lamer J. (as he then was) expressly relied on the dictum of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173, that

the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions. [Emphasis added.]

According to Lamer J. the question was

whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts. In other words is the statute so pervasively vague that it permits a “standardless sweep” allowing law enforcement officials to pursue their personal predilections?

In my view, the case law speaks for itself with respect to whether s. 43 delineates the appropriate boundaries of legal debate. It is wholly unpersuasive for this Court to declare today what the law is *de novo* and to assert that this now frames the legal debate: i.e., anything outside the framework was simply wrongly decided! This approach robs the test in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, of any usefulness. There is no need to speculate about whether s. 43 is capable, in theory, of circumscribing an acceptable level of debate about the scope of its application. It demonstrably has not succeeded in

Ce critère est bien connu, souvent cité et généralement perçu comme assujettissant à des conditions rigoureuses la possibilité de conclure qu’une disposition est imprécise.

La règle de la nullité pour cause d’imprécision « n’exige pas qu’une loi soit d’une certitude absolue; aucune loi ne peut l’être » (*Renvoi sur la prostitution, précité*, p. 1156). Cependant, bien que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire soit inévitable, une règle de droit sera trop imprécise si « le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, p. 983, bien qu’ils se soient prononcés dans le contexte de l’article premier).

Dans le *Renvoi sur la prostitution, précité*, p. 1157, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) s’est expressément fondé sur l’opinion incidente de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, p. 173, selon laquelle

[TRADUCTION] la théorie de la nullité pour cause d’imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu’elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux. [Je souligne.]

Selon le juge Lamer, la question était

de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*. Autrement dit, la loi est-elle tellement imprécise qu’elle laisse une « large place à l’arbitraire » en permettant aux responsables de son application de faire prévaloir leurs préférences personnelles?

À mon avis, la jurisprudence est éloquente pour ce qui est de savoir si l’art. 43 circonscrit convenablement le débat judiciaire. La Cour serait mal avisée de donner aujourd’hui une nouvelle interprétation de la règle de droit et d’affirmer que cette interprétation doit désormais servir de cadre de référence au débat judiciaire, en ce sens que toute décision débordant de ce cadre est tout simplement erronée! Cette approche fait perdre toute utilité au critère de l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical, précité*. Il n’est pas nécessaire de se demander si, en théorie, l’art. 43 est susceptible de circonscrire

179

180

181

doing so. Canadian courts have been unable to articulate a legal framework for s. 43 despite attempts to establish guidelines. It is important to note that all of the troubling results in the cases listed above were decided after judicial guidance in *Ogg-Moss, supra*, and *Dupperon, supra*, had been delivered.

182

Judges themselves have often referred to the lack of consensus in this area of the law, with Weagant Prov. J. in *James, supra*, at para. 8, for instance, noting:

Exactly what is needed to establish, or what legal test demonstrates that the force exceeds what is reasonable, is a matter of some variance across this nation. For some trial courts, the act speaks for itself, especially if there is bodily harm or an injury which may endanger life, limbs or health (*R. v. Dupperon* (1985), 16 C.C.C. (3d) 453 (Sask. C.A.)). Other courts pay lip service to the necessity of having a view to community standards, although just how that is established through evidence remains unclear (*R. v. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 ([B.C.] C.A.): the Appeal Court noted that the defendant had called no evidence suggesting the treatment of the foster children was in accordance with community standards, a burden our Court of Appeal has decided falls upon the Crown). Other trial courts have rejected the notion that a judge can take notice of community standards (*R. v. Myers*, [1995] P.E.I.J. No. 180, P.E.I. Prov. Ct., November 27, 1995, *per* Thompson, P.C.J.). Yet another trial court says it is the trier of fact's responsibility to reflect community standards, as a jury would (*R. v. R.S.D.*, [1995] O.J. No. 3341, Ontario Prov. Ct., October 30, 1995, *per* Megginson, P.J.O.). And still another court was of the view that section 43 does not deal with the concept of a community standard of tolerance at all (*R. v. Peterson*, [1995] O.J. No. 1366, Ontario Prov. Ct., April 26, 1995, *per* Menzies, P.J.O.).

That judges have been at a loss to appreciate the "reasonableness" referred to by Parliament is not surprising and yet is not endemic to the notion of reasonableness.

dans une mesure acceptable le débat concernant son champ d'application. Il ne le fait manifestement pas. Malgré leurs tentatives d'établir des lignes directrices, les tribunaux canadiens ont été incapables de définir un cadre juridique pour l'art. 43. Il importe de signaler que toutes les décisions préoccupantes rendues dans les affaires énumérées précédemment sont postérieures aux arrêts *Ogg-Moss* et *Dupperon*, précités.

Les juges eux-mêmes ont souvent fait état de l'absence de consensus dans ce domaine du droit. Par exemple, dans la décision *James*, précitée, par. 8, le juge Weagant formule l'observation suivante :

[TRADUCTION] Ce qu'il faut établir exactement, ou la question de savoir quel critère juridique permet de démontrer que la force employée dépasse ce qui est raisonnable, varie quelque peu d'une région à l'autre du pays. Pour certains tribunaux de première instance, la loi est éloquente, particulièrement lorsque des lésions corporelles ou des blessures susceptibles de constituer un risque pour la vie, l'intégrité physique ou la santé sont infligées (*R. c. Dupperon* (1985), 16 C.C.C. (3d) 453 (C.A. Sask.)). D'autres tribunaux se disent en principe favorables à la nécessité de tenir compte des normes sociales, quoique la manière exacte d'en faire la preuve demeure obscure (*R. c. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 (C.A.[C.-B.]): la Cour d'appel a souligné que la défenderesse n'avait soumis aucun élément de preuve indiquant que le traitement des enfants placés en famille d'accueil était conforme aux normes sociales, laquelle charge de preuve incombe au ministère public, selon notre Cour d'appel). D'autres tribunaux de première instance ont rejeté l'idée qu'un juge puisse prendre connaissance d'office des normes sociales (*R. c. Myers*, [1995] P.E.I.J. No. 180, C. prov. Î.-P.-É., 27 novembre 1995, le juge Thompson). Pourtant un autre tribunal de première instance affirme qu'il appartient au juge des faits de tenir compte des normes sociales comme le ferait un jury (*R. c. R.S.D.*, [1995] O.J. No. 3341, C. prov. Ont., 30 octobre 1995, le juge Megginson). Un autre encore a exprimé l'avis que l'art. 43 n'a absolument rien à voir avec le concept de norme sociale de tolérance (*R. c. Peterson*, [1995] O.J. No. 1366, C. prov. Ont., 26 avril 1995, le juge Menzies).

L'incapacité des juges d'apprécier le « caractère raisonnable » mentionné par le législateur n'est pas étonnante, mais elle n'est pas spécifique à la notion du caractère raisonnable.

“Reasonableness” with respect to s. 43 is linked to public policy issues and one’s own sense of parental authority. “Reasonableness” will always entail an element of subjectivity. As McCombs J. recognized in the case at bar, “[b]ecause the notion of reasonableness varies with the beholder, it is perhaps not surprising that some of the judicial decisions applying s. 43 to excuse otherwise criminal assault appear to some to be inconsistent and unreasonable” ((2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 4). It is clear, however, that the concept of reasonableness, so widely used in the law generally, and in the criminal law in particular, is not in and of itself unconstitutionally vague. “Reasonableness” functions as an intelligible standard in many other criminal law contexts. This Court has been clear that constitutional analysis must always be contextual (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 6). Accordingly, whether a given phrase is unconstitutionally vague must also vary with context.

Other instances of the words “reasonable under the circumstances” may not be overly vague because they occur in contexts in which the factors for assessing reasonableness are clear and commensurable. Some general agreement as to the standard against which to measure the “reasonableness” of conduct will assist in providing sufficient clarity to a standard of “reasonableness”. For example, reasonable force in self-defence can be measured for proportionality against the assault for which one is defending oneself. Similarly, it is possible to frame a legal debate about the proper boundaries of the use of reasonable force in performing an arrest (see *Asante-Mensah, supra, per Binnie J.*, at paras. 51-59). This is not so in the case of corporal punishment of children, where there is no built-in commensurability between physical punishment and bad behaviour that can be used to assess proportionality. Indeed the Chief Justice concludes, at para. 35, that the gravity of the child’s conduct is not a “relevant contextual

Le « caractère raisonnable », en ce qui concerne l’art. 43, est lié à des questions d’ordre public et à la perception que chacun a de l’autorité parentale. Le « caractère raisonnable » comporte toujours un aspect subjectif. Comme le juge McCombs l’a reconnu en l’espèce, [TRADUCTION] « [d]u fait que la notion du caractère raisonnable varie d’une personne à l’autre, il n’est peut-être pas étonnant que d’aucuns trouvent incohérentes et déraisonnables certaines décisions où les tribunaux appliquent l’art. 43 pour excuser un comportement qui constituerait par ailleurs des voies de fait criminelles » ((2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 4). Cependant, il est clair que la notion du caractère raisonnable, si répandue dans le droit en général et dans le droit criminel en particulier, n’est pas en soi inconstitutionnellement imprécise. Le « caractère raisonnable » est une norme intelligible dans de nombreux autres contextes de droit criminel. La Cour a clairement affirmé que l’analyse constitutionnelle doit toujours être contextuelle (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 6). Par conséquent, il faut également tenir compte du contexte pour décider si une expression donnée est inconstitutionnellement imprécise.

Dans d’autres cas, l’expression « raisonnable dans les circonstances » peut ne pas être trop imprécise parce qu’elle est utilisée dans un contexte où les éléments d’appréciation du caractère raisonnable sont clairs et commensurables. Un consensus quant à la norme applicable pour apprécier le « caractère raisonnable » d’un comportement sera utile pour dégager une norme du « caractère raisonnable » suffisamment claire. Par exemple, il est possible de déterminer si la force raisonnable employée pour se défendre est proportionnelle aux voies de fait infligées. De même, il est possible de circonscrire un débat judiciaire concernant la question de savoir jusqu’où peut aller la force raisonnable employée pour effectuer une arrestation (voir l’arrêt *Asante-Mensah*, précité, le juge Binnie, par. 51-59). Tel n’est pas le cas du châtimeut corporel infligé à un enfant, où, en raison de l’absence d’éléments de comparaison intrinsèques, il n’est pas possible de déterminer si le châtimeut infligé est proportionnel au comportement fautif. En fait, la Juge en chef

consideration” as it invites a punitive, rather than a corrective focus.

185 Corporal punishment is a controversial social issue. Conceptions of what is “reasonable” in terms of the discipline of children, whether physical or otherwise, vary widely, and often engage cultural and religious beliefs as well as political and ethical ones. Such conceptions are intertwined with how other controversial issues are understood, including the relationship between the state and the family and the relationship between the rights of the parent and the rights of the child. Whether a person considers an instance of child corporal punishment “reasonable” may depend in large part on his or her own parenting style and experiences. While it may work well in other contexts, in this one the term “reasonable force” has proven not to be a workable standard. Lack of clarity is particularly problematic here because the rights of children are engaged. This Court has confirmed that children are a particularly vulnerable group in society (*Sharpe, supra*, at para. 169, and *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 73). Vagueness in defining the terms of a defence which affects the physical integrity of children may be even more invidious than is vagueness in defining an offence or a defence in another context, and may therefore call for a stricter standard.

186 Canada’s international obligations with respect to the rights of the child must also inform the degree of protection that children are entitled to under s. 7 of the *Charter*. As the Chief Justice notes (at para. 32), Canada is a party to both the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47. The Chief Justice has referred, at para. 33, to the *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40) (1995), with respect to corporal punishment of

conclut, au par. 35, que la gravité du comportement de l’enfant ne constitue pas une « considération contextuelle pertinente » puisqu’elle incite davantage à punir qu’à corriger.

Le châtement corporel est un sujet controversé dans notre société. Les conceptions de ce qui est « raisonnable » en matière de châtement corporel ou autre d’un enfant varient énormément et mettent souvent en jeu des convictions culturelles et religieuses, aussi bien que politiques et morales. Ces conceptions sont étroitement liées à la compréhension que l’on a d’autres sujets controversés tels les rapports entre l’État et la famille et entre les droits des parents et ceux de l’enfant. Le fait qu’une personne juge « raisonnable » ou non le châtement corporel infligé à un enfant peut dépendre en grande partie de sa façon d’éduquer les enfants et de son expérience en la matière. Aussi utile qu’elle puisse être dans d’autres contextes, la norme de la « force raisonnable » s’est révélée inapplicable dans le contexte qui nous occupe. Le manque de clarté est particulièrement problématique en l’espèce du fait que les droits des enfants sont en jeu. La Cour a confirmé que les enfants forment un groupe particulièrement vulnérable dans la société (*Sharpe*, précité, par. 169, et *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 73). L’imprécision des conditions d’application d’un moyen de défense qui a une incidence sur l’intégrité physique des enfants peut être encore plus injuste que la définition imprécise d’une infraction ou d’un moyen de défense dans un autre contexte et commander, de ce fait, l’application d’une norme plus stricte.

Pour déterminer la protection à laquelle les enfants ont droit en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, il faut également tenir compte des obligations internationales du Canada en matière de droits des enfants. Comme le fait observer la Juge en chef (par. 32), le Canada est signataire de la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, adoptée par les Nations Unies, et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47. Au sujet des châtements corporels infligés aux enfants dans les écoles, la Juge en chef renvoie, au par. 33, au *Rapport du Comité des droits*

children in schools. I would also make reference to the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child. Article 43(1) of the *Convention on the Rights of the Child* establishes a Committee on the Rights of the Child “[f]or the purpose of examining the progress made by State Parties in achieving the realization of the obligations undertaken” in the Convention. The Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, which has a legal provision similar to s. 43 dealing with reasonable chastisement within the family, state:

The imprecise nature of the expression of reasonable chastisement as contained in these legal provisions may pave the way for it to be interpreted in a subjective and arbitrary manner. Thus, the . . . legislative and other measures relating to the physical integrity of children do not appear to be compatible with the provisions and principles of the Convention. [Emphasis added.]

(Committee on the Rights of the Child, *Report adopted by the Committee at its 209th meeting on 27 January 1995*, Eighth Session, CRC/C/38, at para. 218)

The Committee has identified the vagueness inherent in provisions such as s. 43 in this and other Concluding Observations.

It is notable that the Committee has not recommended clarifying these laws so much as abolishing them entirely. The Chief Justice notes, at para. 33, that neither the *Convention on the Rights of the Child* nor the *International Covenant on Civil and Political Rights* “require state parties to ban all corporal punishment of children”. However, the Committee’s Concluding Observations on Canada’s First Report are illustrative:

[P]enal legislation allowing corporal punishment of children by parents, in schools and in institutions where children may be placed [, should be considered for review]. In this regard . . . physical punishment of children in families [should] be prohibited. In connection with the child’s right to physical integrity . . . and in the light of the best interests of the child, . . . the possibility of

de l’homme, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40) (1995). Je renverrais également aux observations finales du Comité des droits de l’enfant. Le paragraphe 43(1) de la *Convention relative aux droits de l’enfant* crée un Comité des droits de l’enfant « [a]ux fins d’examiner les progrès accomplis par les États parties dans l’exécution des obligations contractées » dans la Convention. On peut lire ceci dans les observations finales du Comité des droits de l’enfant relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, qui comportent une disposition semblable à l’art. 43 en ce qui concerne les corrections raisonnables qui peuvent être infligées à des enfants au sein de la famille :

Compte tenu de son caractère imprécis, l’expression corrections raisonnables qui figure dans ces dispositions risque d’être interprétée de manière subjective et arbitraire. [. . .] ainsi [. . .] les mesures législatives et autres relatives à l’intégrité physique des enfants ne semblent pas compatibles avec les dispositions et les principes de la Convention. [Je souligne.]

(Comité des droits de l’enfant, *Rapport adopté par le Comité à sa 209^{ème} séance, le 27 janvier 1995*, Huitième session, CRC/C/38, par. 218)

Dans ces observations finales notamment, le Comité mentionne l’imprécision inhérente à une disposition comme l’art. 43.

On constate que le Comité ne recommande pas tant de clarifier ces règles de droit que de les abolir complètement. La Juge en chef souligne, au par. 33, que ni la *Convention relative aux droits de l’enfant* ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* « n’exige[nt] [. . .] [d]es États parties [qu’ils] interdisent toute infliction d’un châtement corporel à un enfant ». Toutefois, les observations finales du Comité concernant le premier rapport du Canada illustrent bien la question :

[Il y a lieu] d’étudier la possibilité de réviser la législation pénale qui autorise l’administration de châtements corporels aux enfants par leurs parents, dans les écoles et les établissements de placement. À cet égard, [il y a lieu] d’interdire aux familles d’appliquer des châtements corporels aux enfants. Compte tenu du droit de l’enfant à la préservation de son intégrité physique [. . .] et du principe

introducing new legislation and follow-up mechanisms to prevent violence within the family [should be considered], and . . . educational campaigns [should] be launched with a view to changing attitudes in society on the use of physical punishment in the family and fostering the acceptance of its legal prohibition. [Emphasis added.]

(Committee on the Rights of the Child, *Report adopted by the Committee at its 233rd meeting on 9 June 1995*, Ninth Session, CRC/C/43, at para. 93)

188

In its most recent Concluding Observations, the Committee expressed “deep concern” that Canada had taken “no action to remove section 43 of the Criminal Code” and recommended the adoption of

legislation to remove the existing authorization of the use of “reasonable force” in disciplining children and explicitly prohibit all forms of violence against children, however light, within the family, in schools and in other institutions where children may be placed.

(Committee on the Rights of the Child, *Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 44 of the Convention*, Thirty-fourth Session, CRC/C/15/Add. 215 (2003), at paras. 32-33)

189

I doubt that it can be said, on the basis of the existing record, that the justification of corporal punishment of children when the force used is “reasonable under the circumstances” gives adequate notice to parents and teachers as to what is and is not permissible in a criminal context. Furthermore, it neither adequately guides the decision-making power of law enforcers nor delineates, in an acceptable fashion, the boundaries of legal debate. The Chief Justice rearticulates the s. 43 defence as the delineation of a “risk zone for criminal sanction” (para. 18). I do not disagree with such a formulation of the vagueness doctrine in this context. Still, on this record, the “risk zone” for victims and offenders alike has been a moving target.

de l’intérêt supérieur de l’enfant, [il y a lieu] d’envisager la possibilité d’adopter de nouvelles lois et des mécanismes de suivi à l’effet de prévenir la violence au sein de la famille et de lancer des campagnes d’information ayant pour but de modifier les attitudes sociales relatives au recours aux châtiments corporels au sein de la famille et de faire accepter leur interdiction. [Je souligne.]

(Comité des droits de l’enfant, *Rapport adopté par le Comité à sa 233^{ème} séance, le 9 juin 1995*, Neuvième session, CRC/C/43, par. 93)

Dans ses plus récentes observations finales, le Comité a noté « avec une profonde préoccupation » que le Canada n’a pris « aucune mesure pour abroger l’article 43 du Code [criminel] » et lui a recommandé d’adopter

des textes à l’effet de lever l’autorisation qui existe actuellement de faire usage d’une « force raisonnable » à l’encontre des enfants pour les discipliner et d’interdire expressément toute forme de violence, même modérée, sur la personne d’enfants au sein de la famille, dans les écoles et dans tous les établissements de placement.

(Comité des droits de l’enfant, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l’article 44 de la Convention*, Trente-quatrième session, CRC/C/15/Add.215 (2003), par. 32-33)

Je doute que l’on puisse prétendre, à partir du dossier existant, que l’autorisation d’infliger un châtiment corporel à un enfant lorsque la force employée est « raisonnable dans les circonstances » informe suffisamment les parents et instituteurs de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas dans un contexte de droit criminel. En outre, elle ne donne aucune indication suffisante concernant le pouvoir décisionnel des responsables de l’application de la loi et ne circonscrit pas de manière acceptable le débat judiciaire. La Juge en chef reformule le moyen de défense prévu à l’art. 43 comme délimitant une « sphère à l’intérieur de laquelle il existe un risque de sanctions pénales » (par. 18). Je ne suis pas en désaccord avec une telle formulation de la règle de la nullité pour cause d’imprécision dans le présent contexte. Cependant, il ressort du présent dossier que la « sphère de risque », autant pour les victimes que pour les délinquants, n’a jamais été adéquatement délimitée.

In the Chief Justice's reasons, it is useful to note how much work must go into making the provision constitutionally sound and sufficiently precise: (1) the word "child" must be construed as including children only over age 2 and younger than teenage years; (2) parts of the body must be excluded; (3) implements must be prohibited; (4) the nature of the offence calling for correction is deemed not a relevant contextual consideration; (5) teachers are prohibited from utilizing corporal punishment; and (6) the use of force that causes injury that is neither transient nor trifling (assault causing bodily harm) is prohibited (it seems even if the force is used by way of restraint). At some point, in an effort to give sufficient precision to provide notice and constrain discretion in enforcement, mere interpretation ends and an entirely new provision is drafted. As this Court concluded in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803:

The changes which would be required to make s. 179(1)(b) [here, s. 43] constitutional would not constitute reading down or reading in; rather, they would amount to judicial rewriting of the legislation. [Emphasis added.]

The restrictions put forth by the Chief Justice with respect to the scope of the defence have not emerged from the existing case law. These restrictions are far from self-evident and would not have been anticipated by many parents, teachers or enforcement officials.

In my view, we cannot cure vagueness from the top down by declaring that a proper legal debate has taken place and that anything outside its boundaries is simply wrong and must be discarded. Too many people have been engaged in attempting to define the boundaries of that very debate for years in Canadian courtrooms to simply dismiss their conclusions because they do not conform with a norm that was never apparent to anyone until now. As demonstrated earlier, s. 43 has been subject to considerable disparity in application, some courts justifying conduct that other courts have found wholly

Dans les motifs de la Juge en chef, l'on constate à quel point il est laborieux de rendre la disposition constitutionnelle et suffisamment précise : (1) le mot « enfant » ne doit s'entendre que d'un enfant de plus de 2 ans qui n'est pas rendu à l'adolescence, (2) certaines parties du corps doivent être exclues, (3) l'utilisation d'un objet doit être interdite, (4) la nature de la faute à l'origine de la correction infligée n'est pas réputée constituer une considération contextuelle pertinente, (5) les instituteurs ne peuvent infliger un châtiment corporel, et (6) l'emploi d'une force causant une blessure qui n'est ni passagère ni sans importance (voies de fait causant des lésions corporelles) est interdit (même dans le cas, semble-t-il, où la force est employée pour retenir un enfant). À un moment donné, en tentant d'apporter assez de précisions pour informer les intéressés et circonscrire l'exercice du pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi, on ne se contente plus d'interpréter et on rédige alors une disposition entièrement nouvelle. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803 :

Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)b) [en l'espèce l'art. 43] constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivaudraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal. [Je souligne.]

Les restrictions auxquelles la Juge en chef assujettit la portée du moyen de défense ne ressortent pas de la jurisprudence existante. Ces restrictions sont loin d'être évidentes et n'auraient pas été prévues par bien des parents, instituteurs ou responsables de l'application de la loi.

J'estime qu'il n'est pas possible de remédier complètement à l'imprécision de la disposition en déclarant que le débat judiciaire qui s'imposait a eu lieu et que tout ce qui le déborde est simplement erroné et doit être écarté. Trop de personnes ont tenté, pendant des années, de circonscrire ce débat devant les tribunaux canadiens, pour qu'il soit possible de rejeter leurs conclusions simplement parce qu'elles ne sont pas conformes à une norme qui, jusqu'à maintenant, n'a jamais été évidente pour personne. Comme nous l'avons vu, l'art. 43 a été appliqué de nombreuses manières différentes, certains

unreasonable, despite valiant efforts by the lower courts to give intelligible content to the provision. Attempts at judicial interpretation which would structure the discretion in s. 43 have, in my opinion, failed to provide coherent or cogent guidelines that would meet the standard of notice and specificity generally required in the criminal law. Thus, despite the efforts of judges, some of whom have openly expressed their frustration with what has been described as “no clear test” and a “legal lottery” in the criminal law (McGillivray, “‘He’ll learn it on his body’: Disciplining childhood in Canadian law”, *supra*, at p. 228; *James*, *supra*, per Weagant Prov. J., at paras. 11-12), the ambit of the justification remains about as unclear as when it was first codified in 1892. As Lamer C.J. stated in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at p. 729:

A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the whims of judges and justices of the peace rather than the whims of law enforcement officials. Cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice.

This would not only raise the already high bar set in *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*; it would essentially make it unreachable.

192 As a result, I find that the phrase “reasonable under the circumstances” in s. 43 of the *Code* violates children’s security of the person interest and that the deprivation is not in accordance with the relevant principle of fundamental justice, in that it is unconstitutionally vague.

(3) *Section 1*

193 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-95, Sopinka J. held:

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as

tribunaux considérant justifié un comportement que d’autres ont jugé totalement déraisonnable, malgré les valeureux efforts déployés par les tribunaux inférieurs pour donner un contenu intelligible à la disposition. Les tentatives des tribunaux d’interpréter l’art. 43 de manière à encadrer le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré n’ont pas permis, selon moi, de dégager des lignes directrices cohérentes et solides satisfaisant à la norme d’avertissement et de précision généralement prescrite en droit criminel. Ainsi, malgré les efforts des juges — dont certains ont exprimé ouvertement leur frustration face à ce qu’ils ont qualifié d’ [TRADUCTION] « absence de critère clair » et de « loterie juridique » en droit criminel (McGillivray, « ‘He’ll learn it on his body’ : Disciplining childhood in Canadian law », *loc. cit.*, p. 228; *James*, précité, le juge Weagant, par. 11-12) —, la portée de la justification demeure presque aussi ambiguë que lorsqu’elle a été codifiée en 1892. Dans l’arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 729, le juge en chef Lamer affirme :

Laisser une large place à l’arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu’il s’agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l’application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d’une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Cela contribuerait non seulement à resserrer davantage le critère déjà exigeant fixé dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, mais encore à le rendre impossible à respecter.

Je suis donc d’avis que l’expression « raisonnable dans les circonstances », employée à l’art. 43 du *Code*, porte atteinte au droit de l’enfant à la sécurité de sa personne et que cette atteinte n’est pas conforme au principe de justice fondamentale applicable, en raison de l’imprécision inconstitutionnelle de l’expression en cause.

(3) *Article premier*

Dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-95, le juge Sopinka statue ceci :

Or, il existe au moins deux façons dont l’imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l’article premier. Tout d’abord, une

to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no “limit prescribed by law” and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

The requirement that a limit be prescribed by law also calls for fair notice to the citizen and limitations on the discretion of enforcement officials (*Nova Scotia Pharmaceutical, supra*). Because I have found that s. 43 is unconstitutionally vague, it cannot pass the “prescribed by law” or minimal impairment stage of the *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, analysis, and accordingly, cannot be saved under s. 1.

(4) *Remedy*

I am of the view that striking down s. 43 for vagueness is the most appropriate remedy in the case at bar. Parliament is best equipped to reconsider this vague and controversial provision. The legislature should have a chance to consider the issues in light of the *Charter*, current social norms and all of the evidence. While the record of expert testimony in this litigation is voluminous, the court process is necessarily adversarial and does not cover all of the interests that one would expect to be heard in a legislative debate, committee hearings or in the public at large. Yet parliamentary intervention may prove unnecessary.

loi peut présenter une telle indétermination qu’il est impossible de l’interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l’emploi d’un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exacte. Dans de telles circonstances, il n’existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n’est alors besoin de procéder à l’analyse fondée sur l’article premier, car la condition préliminaire de son application n’est pas remplie. La seconde façon dont l’imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l’analyse de l’article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d’imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d’une disposition ainsi que l’imprécision de ses termes fassent que l’atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l’imprécision est un élément de la portée excessive.

L’exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit commande également que le citoyen soit raisonnablement averti et que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l’application de la loi soit limité (*Nova Scotia Pharmaceutical, précité*). Vu ma conclusion qu’il est inconstitutionnellement imprécis, l’art. 43 ne peut franchir l’étape de la restriction « prescrite par une règle de droit » ou de l’atteinte minimale que comporte l’analyse prescrite dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et ne peut donc pas être sauvegardé en application de l’article premier.

(4) *Réparation*

J’estime que l’invalidation de l’art. 43 pour cause d’imprécision est la réparation la plus convenable en l’espèce. C’est le législateur qui est le mieux en mesure de revoir cette disposition imprécise et controversée. Il doit avoir la possibilité d’examiner les questions en litige à la lumière de la *Charte*, des normes sociales actuelles et de l’ensemble de la preuve. Malgré l’ampleur du dossier de la preuve d’expert en l’espèce, le processus judiciaire est nécessairement contradictoire et ne tient pas compte de tous les intérêts qui sont censés être représentés dans le cadre d’un débat législatif ou des audiences d’un comité, ou encore au sein du public en général. Il se peut néanmoins que l’intervention du législateur ne soit pas nécessaire.

195

It is useful to put the potential effect of striking down s. 43 of the *Code* into context. Some are concerned that striking down s. 43 will expose parents and persons standing in the place of parents to the blunt instrument of the criminal law for every minor instance of technical assault. Indeed the respondent and the Chief Justice raise (at paras. 59-61) the spectre of criminal culpability on parents for trivial and insignificant uses of force if s. 43 is repealed. While it is true that Canada's broad assault laws could be resorted to in order to incriminate parents and/or teachers for using force that falls short of corporal punishment, I am of the view that the common law defences of necessity and *de minimis* adequately protect parents and teachers from excusable and/or trivial conduct.

(5) *The Defence of Necessity*

196

The common law defence of necessity operates by virtue of s. 8(3) of the *Code* (see also *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616). The defence "rests upon a realistic assessment of human weaknesses and recognizes that there are emergency situations where the law does not hold people accountable if the ordinary human instincts overwhelmingly impel disobedience in the pursuit of either self-preservation or the preservation of others" (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 531). In 1984, the common law defence of necessity was clearly recognized by this Court in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

197

In *R. v. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54 (B.C. Prov. Ct.), at para. 23, the court rearticulated the elements of the defence of necessity as set out in *Perka*, *supra*. It stated that the defence of necessity is an excuse rather than a justification and that the moral involuntariness of the wrongful action is a criterion. The involuntariness of the action should be measured against society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure. That the accused has been involved in criminal or immoral activity or has been negligent does not disentitle him or her to the defence. Actions or circumstances that indicate that

Il est utile de situer dans son contexte l'effet qu'est susceptible d'avoir l'invalidation de l'art. 43 du *Code*. Certains craignent qu'elle n'expose les parents et les personnes qui les remplacent à l'application systématique du droit criminel pour le moindre geste qui constitue, strictement parlant, des voies de fait. En fait, selon l'intimé et la Juge en chef (par. 59-61), les parents qui emploient une force négligeable et insignifiante s'exposeront à des accusations criminelles si l'art. 43 est abrogé. Il serait certes possible de recourir aux dispositions canadiennes générales en matière de voies de fait pour porter des accusations contre les parents ou instituteurs qui ont employé la force sans aller jusqu'à infliger un châtement corporel. Toutefois, j'estime que les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* protègent suffisamment ceux et celles, parmi eux, qui adoptent un comportement excusable ou anodin.

(5) *Le moyen de défense fondé sur la nécessité*

La nécessité comme moyen de défense est opposable en vertu du par. 8(3) du *Code* (voir également l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616). Ce moyen de défense [TRADUCTION] « repose sur une constatation réaliste de la faiblesse humaine et reconnaît que, dans certaines situations urgentes, la loi ne tient pas les gens responsables lorsque leur instinct normal les pousse à l'enfreindre pour se protéger eux-mêmes ou pour protéger autrui » (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), p. 531). En 1984, la Cour a clairement reconnu le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Dans l'affaire *R. c. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54, par. 23, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a reformulé les éléments du moyen de défense fondé sur la nécessité qui avaient été énoncés dans l'arrêt *Perka*, précité. Elle a dit que la nécessité comme moyen de défense tient davantage de l'excuse que de la justification et qu'un critère applicable est le caractère involontaire du point de vue moral de l'acte répréhensible. Le caractère involontaire de l'acte doit être évalué en fonction de ce que la société considère comme une résistance appropriée et normale à la pression. Le fait

the offence was not truly involuntary will disentitle the accused from relying on the defence. Similarly, the existence of a reasonable legal alternative will also disentitle the accused. The defence will only apply in circumstances of imminent risk, where the action was taken to avoid direct and immediate peril. Necessity will not excuse the infliction of a greater harm, so as to allow the accused to avert a lesser evil. Finally, where the accused places before the court sufficient evidence to raise the issue, the onus is on the Crown to meet it beyond a reasonable doubt.

I see no reason why, if the above requirements are met, the defence of necessity would not be available to parents and teachers should they intervene to protect children from themselves or others. Other authors have also proposed the use of necessity for parents and teachers should the s. 43 defence be abolished (see McGillivray, “‘He’ll learn it on his body’: Disciplining childhood in Canadian law”, *supra*, at p. 240, and Stuart, *supra*, at p. 506). In *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163 (Alta. Q.B.), the defence of necessity succeeded in absolving a husband on a charge of common assault of his wife. The husband had restrained his inebriated wife when she tried to jump out of the truck and grab the steering wheel. The husband honestly and reasonably believed that the intervention was necessary. The judge noted, at p. 166, that:

To have allowed his wife to get out of the truck to walk on a dark road in an intoxicated condition would have shown wanton or reckless disregard for her life or safety and could have constituted criminal negligence on his part.

Because the s. 43 defence only protects parents who apply force for corrective purposes (see *Ogg-Moss*, *supra*, at p. 193), the common law may have to be resorted to in any event in situations where parents forcibly restrain children incapable of learning.

que l’accusé a participé à une activité criminelle ou immorale ou qu’il y a eu négligence de sa part ne l’empêche pas d’invoquer le moyen de défense. Les actes ou les circonstances indiquant que l’infraction n’était pas vraiment involontaire empêchent l’accusé d’invoquer ce moyen de défense. Il en est de même lorsque l’accusé disposait d’une autre solution raisonnable conforme à la loi. Le moyen de défense ne s’applique qu’en cas de risque imminent, lorsque la mesure est prise pour échapper à un danger direct et immédiat. La nécessité ne justifie pas l’infliction d’un préjudice plus grand pour éviter un mal moindre. Enfin, quand l’accusé soumet à la cour une preuve suffisante pour que la question de la nécessité se pose, il appartient alors au ministère public de réfuter hors de tout doute raisonnable cette preuve.

Je ne vois aucune raison d’empêcher le père, la mère ou l’instituteur, qui est intervenu pour empêcher un enfant de se faire du mal ou de se faire faire du mal, d’invoquer la nécessité comme moyen de défense dans le cas où les conditions susmentionnées sont réunies. D’autres auteurs ont également proposé que les parents et instituteurs aient accès au moyen de défense fondé sur la nécessité si jamais le moyen prévu à l’art. 43 est aboli (voir McGillivray, « ‘He’ll learn it on his body’: Disciplining childhood in Canadian law », *loc. cit.*, p. 240, et Stuart, *op. cit.*, p. 506). Dans l’affaire *R. c. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163 (B.R. Alb.), le moyen de défense fondé sur la nécessité a permis l’acquittement d’un mari accusé de voies de fait simples contre sa femme. Le mari avait retenu son épouse ivre alors qu’elle tentait de sauter hors du camion et de saisir le volant. Il avait cru sincèrement et raisonnablement que l’intervention était nécessaire. Le juge a signalé, à la p. 166 :

[TRADUCTION] S’il avait laissé son épouse intoxiquée descendre du camion et marcher dans un chemin obscur, il aurait fait preuve d’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de sa vie ou de sa sécurité, ce qui aurait pu constituer de la négligence criminelle de sa part.

Comme le moyen de défense prévu à l’art. 43 protège seulement le père ou la mère qui emploie la force pour infliger une correction (voir l’arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 193), il peut, de toute façon, se révéler nécessaire de recourir à la common law dans

Indeed, even if one understands the law as per the Chief Justice (at paras. 24-25), s. 43 may be of no assistance to parents who apply some degree of force for the purpose of restraint. It is not inconceivable to think of situations where force might be applied to young children for reasons other than education or correction. For example, a 2-year-old child who struggles to cross the street at a red light will have to be forcibly held back and secured against his or her will. In my view, the force being applied to the child is not for the purpose of correction *per se*, but to ensure the child's safety. Similarly, if a parent were to forcibly restrain a child in order to ensure that the child complied with a doctor's instructions to receive a needle, s. 43 would be of no assistance to excuse the use of restraint, but the parent would, in my view, have the common law defence of necessity available to him or her should a charge of assault be pursued. The common law defence of necessity has always been available to parents in appropriate circumstances and would continue to be available if the s. 43 defence were struck down.

(6) *The Defence of De Minimis*

200

The Chief Justice is rightly unwilling to rely exclusively on prosecutorial discretion to weed out cases undeserving of prosecution and punishment. The good judgment of prosecutors in eliminating trivial cases is necessary but not sufficient to the workings of the criminal law. There must be legal protection against convictions for conduct undeserving of punishment. And indeed there is. The judicial system is not plagued by a multitude of insignificant prosecutions for conduct that merely meets the technical requirements of "a crime" (e.g., theft of a penny) because prosecutorial discretion is effective and because the common law defence of *de minimis non curat lex* (the law does not care for small or trifling matters) is available to judges.

201

The application of some force upon another does not always suggest an assault in the criminal sense.

le cas d'un père ou d'une mère qui emploie la force pour retenir un enfant incapable de tirer une leçon de ce qui lui arrive. En réalité, même si l'on l'interprète comme le fait la Juge en chef (par. 24-25), il se peut que l'art. 43 ne soit d'aucun secours au père ou à la mère qui emploie une certaine force pour retenir son enfant. Il n'est pas inconcevable que la force puisse être employée contre un jeune enfant dans un autre but que celui de l'éduquer ou de le corriger. Par exemple, un enfant de 2 ans qui se débat pour traverser la rue au feu rouge doit être retenu de force et protégé contre son gré. Selon moi, la force est employée non pas pour corriger l'enfant, mais pour assurer sa sécurité. De même, l'art. 43 ne permettrait pas d'excuser le père ou la mère qui immobiliserait son enfant pour qu'il reçoive une injection conformément aux directives du médecin, mais le parent en question pourrait, à mon sens, opposer à une accusation de voies de fait le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité. Les parents ont toujours eu la possibilité d'invoquer ce moyen de défense de common law dans le cas où cela est indiqué, et ils pourraient continuer de le faire si le moyen de défense prévu à l'art. 43 était invalidé.

(6) *Le moyen de défense fondé sur le principe « de minimis »*

La Juge en chef refuse, à juste titre, de s'en remettre uniquement au pouvoir discrétionnaire de la poursuite pour écarter les affaires ne justifiant pas des poursuites et des sanctions. En matière de droit criminel, le poursuivant doit faire montre de discernement lorsqu'il s'agit d'écarter des affaires sans importance, mais ce n'est pas suffisant. La loi doit empêcher les déclarations de culpabilité relatives à un comportement qui ne mérite pas d'être puni, et c'est ce qu'elle fait. Si le système judiciaire n'est pas confronté à une multitude de poursuites insignifiantes pour des comportements qui ne font que remplir les conditions théoriques nécessaires pour qu'il y ait « crime » (par exemple, le vol d'un sou), c'est grâce à l'efficacité du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et parce que les juges peuvent appliquer le moyen de défense de common law fondé sur le principe *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance).

L'emploi d'une certaine force contre autrui n'indique pas toujours l'existence de voies de fait au

“Quite the contrary, there are many examples of incidental touching that cannot be considered criminal conduct” (*R. v. Kormos* (1998), 14 C.R. (5th) 312 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at para. 34).

The common law concept of *de minimis non curat lex* was expressed in the English decision of *The “Reward”* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, at p. 1484, in the following manner:

The Court is not bound to a strictness at once harsh and pedantic in the application of statutes. The law permits the qualification implied in the ancient maxim *De minimis non curat lex*. — Where there are irregularities of very slight consequence, it does not intend that the infliction of penalties should be inflexibly severe. If the deviation were a mere trifle, which, if continued in practice, would weigh little or nothing on the public interest, it might properly be overlooked.

Admittedly, the case law on the application of the defence is limited. It may be that the defence of *de minimis* has not been used widely by courts because police and prosecutors screen all criminal charges such that only the deserving cases find their way to court. Nonetheless *de minimis* exists as a common law defence preserved by s. 8(3) of the *Code* and falls within the courts’ discretion (J. Héту, “Droit judiciaire: De minimis non curat praetor: une maxime qui a toute son importance!” (1990), 50 *R. du B.* 1065, at pp. 1065-76) to apply and develop as it sees fit. In effect, the defence is that there was only a “technical” commission of the *actus reus* and that “the conduct fell within the words of an offence description but was too trivial to fall within the range of wrongs which the description was designed to cover” (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 100). The defence of *de minimis* does not mean that the act is justified; it remains unlawful, but on account of its triviality it goes unpunished (S. A. Strauss, “Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt” (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471, at p. 483).

sens du droit criminel. [TRADUCTION] « Bien au contraire, nombreux sont les exemples de contacts accessoires qui ne sauraient être considérés comme des actes criminels » (*R. c. Kormos* (1998), 14 C.R. (5th) 312 (C. Ont. (Div. prov.)), par. 34).

Le concept de common law *de minimis non curat lex* a été formulé de la manière suivante dans la décision anglaise *The « Reward »* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, p. 1484 :

[TRADUCTION] La cour n’est pas tenue à une sévérité à la fois dure et pédantesque dans l’application des lois. La loi permet la qualification qui était implicite dans l’ancien adage *De minimis non curat lex*. — En présence d’irrégularités entraînant de très légères conséquences, elle ne vise pas à infliger des peines inéluctablement sévères. Si l’écart est une vétille qui, advenant qu’elle se poursuive, n’aurait que peu ou pas d’incidence sur l’intérêt public, on pourrait légitimement l’ignorer.

Certes, la jurisprudence relative à l’application du moyen de défense est limitée. L’application rare du moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* par les tribunaux peut s’expliquer par le fait que les policiers et les poursuivants passent au crible toutes les accusations criminelles de sorte que seules celles qui le méritent donnent lieu à un procès. Le principe *de minimis* peut, malgré tout, être invoqué en tant que moyen de défense de common law maintenu par le par. 8(3) du *Code*, et il appartient aux tribunaux de l’appliquer et de le développer à leur guise (J. Héту, « Droit judiciaire : De minimis non curat praetor : une maxime qui a toute son importance! » (1990), 50 *R. du B.* 1065, p. 1065-1076). En fait, ce moyen de défense veut seulement que l’*actus reus* ait été [TRADUCTION] « pour ainsi dire » accompli et que [TRADUCTION] « le comportement en cause correspond à la définition d’une infraction, mais qu’il soit trop anodin pour être compris parmi les actes fautifs que cette définition est censée viser » (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), p. 100). Le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* ne signifie pas que l’acte en cause est justifié, cet acte reste illégal, mais en raison de son caractère anodin, il ne sera pas puni (S. A. Strauss, « Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* par E. M. Burchell, J. S. Wylie et P. M. A. Hunt » (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471, p. 483).

202

203

204

Generally, the justifications for a *de minimis* excuse are that: (1) it reserves the application of the criminal law to serious misconduct; (2) it protects an accused from the stigma of a criminal conviction and from the imposition of severe penalties for relatively trivial conduct; and (3) it saves courts from being swamped by an enormous number of trivial cases (K. R. Hamilton, “De Minimis Non Curat Lex” (December 1991), discussion paper mentioned in the Canadian Bar Association, Criminal Recodification Task Force Report, *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992), at p. 189). In part, the theory is based on a notion that the evil to be prevented by the offence section has not actually occurred. This is consistent with the dual fundamental principle of criminal justice that there is no culpability for harmless and blameless conduct (see my opinion in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 234-35 and 244).

205

In Canadian jurisprudence, the defence of *de minimis* has been raised in drug cases that involve a tiny quantity of the drug (*R. v. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517 (N.W.T. Mag. Ct.), at pp. 519-21; *R. v. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181 (Man. Prov. Ct.), at p. 186; and *R. v. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361 (B.C.S.C.), aff’d (1975), 24 C.C.C. (2d) 44 (B.C.C.A.)), in theft cases where the value of the stolen property is very low (*R. v. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.), at p. 384), or in assault cases where there is extremely minor or no injury (*R. v. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368 (Sask. Q.B.); *R. v. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34 (Prov. Ct.); and in *obiter* in *Kormos*, *supra*); see also: Department of Justice of Canada, *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper* (1994), “Trivial violations”, at pp. 24-25). Though the case law is somewhat unsatisfactory, the defence has succeeded on several occasions (see Stuart, *supra*, at pp. 594-99) and this Court has expressly left the existence of the defence open (see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 21, and *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 69). In discussing the

Les raisons données pour justifier l’excuse « *de minimis* » sont généralement les suivantes : (1) le droit criminel ne doit s’appliquer qu’à l’inconduite grave, (2) l’accusé doit échapper au stigmate d’une déclaration de culpabilité criminelle et à l’infliction d’une peine sévère pour un comportement relativement anodin, et (3) les tribunaux ne doivent pas se retrouver ensevelis sous un nombre considérable de dossiers sans importance (K. R. Hamilton, « De Minimis Non Curat Lex » (décembre 1991), document de travail mentionné dans le rapport du groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l’Association du Barreau canadien, *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (1992), p. 206). Le principe repose en partie sur l’idée que le mal que la disposition créant l’infraction vise à prévenir n’a pas vraiment été fait. Cela est compatible avec le double principe fondamental de justice pénale selon lequel il ne saurait y avoir de culpabilité pour un comportement inoffensif et irrépréhensible (voir mes motifs dans l’arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 234-235 et 244).

Dans la jurisprudence canadienne, le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* a été invoqué dans des affaires de stupéfiants où la quantité de drogue saisie était minimale (*R. c. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517 (C. mag. T.N.-O.), p. 519-521; *R. c. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181 (C. prov. Man.), p. 186; *R. c. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361 (C.S.C.-B.), conf. par (1975), 24 C.C.C. (2d) 44 (C.A.C.-B.)), dans des affaires de vol où la valeur des biens volés était très peu élevée (*R. c. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382 (H.C. Ont.), p. 384), ou dans des affaires de voies de fait ayant causé tout au plus un préjudice très mineur (*R. c. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368 (B.R. Sask.); *R. c. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34 (C. prov.); opinion incidente dans la décision *Kormos*, précitée); voir aussi : Ministère de la Justice du Canada, *Projet de réforme de la Partie générale du Code criminel : Document de consultation* (1994), « Les violations mineures », p. 29-30). Même si la jurisprudence laisse quelque peu à désirer, le moyen de défense a été invoqué avec succès à plusieurs reprises (voir Stuart, *op. cit.*, p. 594-599) et la Cour a

actus reus of the offence of “fraud on the government” under s. 121(1)(c) of the *Code*, L’Heureux-Dubé J. in *Hinchey*, *supra*, wrote the following, at para. 69:

In my view, this interpretation removes the possibility that the section will trap trivial and unintended violations. Nevertheless, assuming that situations could still arise which do not warrant a criminal sanction, there might be another method to avoid entering a conviction: the principle of *de minimis non curat lex*, that “the law does not concern itself with trifles”. This type of solution to cases where an accused has “technically” violated a *Code* section has been proposed by the Canadian Bar Association, in *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada . . .* and others: see Professor Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995) at pp. 542-46. I am aware, however, that this principle’s potential application as a defence to criminal culpability has not yet been decided by this Court, and would appear to be the subject of some debate in the courts below. Since a resolution of this issue is not strictly necessary to decide this case, I would prefer to leave this issue for another day. [Emphasis added.]

A statutory formulation of the defence was proposed in the American Law Institute’s *Model Penal Code* (1985), s. 2.12 under “De Minimis Infractions” (in Stuart, *supra*, at p. 598). The C.B.A. Task Force Report reviewed the uncertain state of the law and recommended codification of a power to stay for trivial violations (see Stuart, *supra*, at p. 598). A codification of the defence may cure judicial reluctance to rely on *de minimis*; however, the common law defence of *de minimis*, as preserved under s. 8(3) of the *Code*, is sufficient to prevent parents and others from being exposed to harsh criminal sanctions for trivial infractions.

expressément omis de statuer sur son existence (voir *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 21, et *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 69). En examinant, dans l’arrêt *Hinchey*, précité, par. 69, l’*actus reus* de l’infraction de « fraude envers le gouvernement » prévue à l’al. 121(1)c) du *Code*, la juge L’Heureux-Dubé n’a pas écarté la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* en matière criminelle :

Cette interprétation enlève, selon moi, toute possibilité que l’alinéa vise des violations involontaires et minimales. Néanmoins, en supposant qu’il puisse y avoir encore des cas qui ne justifient pas une sanction pénale, il y a peut-être une autre méthode permettant d’éviter qu’une déclaration de culpabilité soit prononcée : le principe *de minimis non curat lex*, soit que « la loi ne s’occupe pas de choses insignifiantes ». Cette solution pour les cas où un accusé a, « strictement parlant », violé un article du *Code* a été proposée par l’Association du Barreau canadien, dans *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada [. . .]*, et par d’autres : voir le professeur Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 542 à 546. Je sais, toutefois, que notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’application éventuelle de ce principe comme moyen de défense permettant de repousser la responsabilité criminelle, et que cette question fait l’objet de certains débats devant les instances inférieures. Comme il n’est pas strictement nécessaire de trancher cette question pour résoudre l’affaire dont nous sommes saisis, il y a lieu de laisser la question en suspens. [Je souligne.]

Une codification du moyen de défense a été proposée à l’art. 2.12 du *Model Penal Code* (1985) de l’American Law Institute, sous la rubrique « De Minimis Infractions » (dans Stuart, *op. cit.*, p. 598). Dans son rapport, le groupe de travail de l’A.B.C. a examiné l’état incertain du droit et a recommandé la codification d’un pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures relatives à des violations minimales (voir Stuart, *op. cit.*, p. 598). La codification du moyen de défense peut contribuer à éliminer la réticence des tribunaux à se fonder sur le principe *de minimis*; cependant le moyen de défense de common law fondé sur ce principe, que maintient le par. 8(3) du *Code*, suffit à soustraire à des sanctions pénales sévères les parents et autres personnes qui commettent des infractions négligeables.

207 I am of the view that an appropriate expansion in the use of the *de minimis* defence — not unlike the development of the doctrine of abuse of process — would assist in ensuring that mere technical violations of the assault provisions of the *Code* that ought not to attract criminal sanctions are stayed. In this way, judicial resources are not wasted, and unwanted intrusions of the criminal law in the family context, which may be harmful to children, are avoided. Therefore, if s. 43 were to be struck down, and absent Parliament's re-enactment of a provision compatible with the constitutional rights of children, parents would be no more at risk of being dragged into court for a "pat on the bum" than they currently are for "tasting" a single grape in the supermarket.

208 I conclude that s. 43 of the *Criminal Code* infringes the rights of children under s. 7 of the *Charter*. The infringement cannot be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Parents and persons standing in the place of parents will not be exposed to the criminal law unnecessarily as the common law defences of necessity and *de minimis* will protect them from excusable and/or trivial conduct.

209 In light of my conclusion on the doctrine of vagueness, it is unnecessary for me to consider the other constitutional challenges advanced by the appellant.

III. Disposition

210 For these reasons, I would allow the appeal.

211 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Je suis d'avis que l'élargissement approprié de la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* — un peu comme l'évolution de la règle de l'abus de procédure — contribuerait à assurer un arrêt des procédures dans le cas où une personne a, strictement parlant, violé les dispositions en matière de voies de fait du *Code* et où cette violation ne devrait pas donner lieu à des sanctions pénales. Cela permettrait d'éviter le gaspillage des ressources judiciaires ainsi que les incursions injustifiées du droit criminel dans le contexte familial, qui sont susceptibles de nuire à des enfants. Par conséquent, si l'art. 43 était invalidé sans que le législateur le remplace par une nouvelle disposition compatible avec les droits que la Constitution garantit aux enfants, les parents ne risqueraient pas davantage d'être amenés en cour pour avoir donné une « petite tape sur une fesse » qu'ils risquent de l'être actuellement pour avoir simplement « goûté » un raisin au supermarché.

Je conclus que l'art. 43 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux enfants. La justification de cette atteinte ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Les parents et les personnes qui les remplacent n'auront pas à faire face à la justice pénale inutilement étant donné que les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* les protégeront en cas de comportement excusable ou anodin de leur part.

Vu ma conclusion concernant la règle de la nullité pour cause d'imprécision, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres motifs de contestation constitutionnelle invoqués par l'appelante.

III. Dispositif

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is constitutionally sound, in particular, with regard to ss. 7, 12, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 43 creates a defence of justification for parents, school teachers and persons standing in the place of a parent, when they use force by way of correction towards a child under their care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le pourvoi soulève la question de savoir si l'art. 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est constitutionnel, particulièrement au regard des art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 43 crée une défense de justification que peuvent invoquer tout instituteur, père ou mère ou toute personne qui remplace le père ou la mère lorsqu'ils emploient la force pour corriger un enfant confié à leurs soins, pourvu que la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

213 In my opinion, the ordinary and contextual meaning of s. 43 cannot bear the restricted interpretation proposed by the majority. Section 43 applies to and justifies an extensive range of conduct, including serious uses of force against children. I agree with Arbour J. that the body of case law applying s. 43 is evidence of its broad parameters and wide scope. I also agree with her analysis of the appellant's argument on s. 7 of the *Charter*, but I prefer to deal with the problem under s. 15 of the *Charter*. I find that the inferior protection s. 43 affords to children results in a violation of their constitutional equality right, which is not saved under s. 1 of the *Charter*.

I. Interpretation of Section 43

214 It is well established in this Court's jurisprudence that statutes should be interpreted contextually, according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament (see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, and cases cited there). The aim of statutory interpretation is to determine and apply the intention of Parliament at the time of the enactment, as evidenced by the language that was chosen, and as examined in context.

215 There does exist a general principle that if a legislative provision is capable of both a constitutional and an unconstitutional interpretation, then the former should be preferred (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66). However, the application of this interpretative aid is premised on there existing two equally plausible interpretations on the language of the statute (see *Bell ExpressVu*, *supra*, at para. 62). Where, as here, the text of the provision does not support a severely restricted scope of conduct that would avoid constitutional disfavour, the Court cannot read the section down to create a constitutionally valid provision. Such an

À mon avis, le sens ordinaire et contextuel de l'art. 43 ne peut recevoir l'interprétation stricte proposée par la majorité. L'article 43 englobe et justifie une vaste gamme de comportements, y compris des formes sévères de recours à la force contre les enfants. Je suis d'accord avec la juge Arbour pour dire que l'ensemble de la jurisprudence portant sur l'art. 43 témoigne de ses larges paramètres et de sa portée étendue. Je souscris aussi à son analyse de l'argument de l'appelant concernant l'art. 7 de la *Charte*, mais je préfère envisager le problème sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*. J'estime que l'art. 43, qui accorde une protection inférieure aux enfants, porte atteinte à leur droit constitutionnel à l'égalité et que cette atteinte n'est pas justifiée par l'application de l'article premier de la *Charte*.

I. Interprétation de l'article 43

Il est bien établi dans la jurisprudence de notre Cour que les textes de loi doivent être interprétés dans leur contexte en suivant le sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, et les décisions qui y sont citées). L'interprétation des textes législatifs vise à déterminer quelle était l'intention du législateur au moment de leur édicition, telle qu'elle ressort du libellé retenu et de l'examen du contexte, et à donner effet à cette intention.

Il existe un principe général selon lequel, lorsqu'une disposition législative se prête à deux interprétations, dont l'une est constitutionnelle et l'autre inconstitutionnelle, c'est l'interprétation constitutionnelle qui doit l'emporter (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66). Cependant, cette règle d'interprétation ne trouve application qu'en présence de deux interprétations également plausibles du libellé de la loi (voir *Bell ExpressVu*, précité, par. 62). Lorsque, comme en l'occurrence, les termes de la disposition ne permettent pas d'en limiter la portée aux seuls comportements qui échapperaient à une désapprobation constitutionnelle, la Cour ne

approach would divest the *Charter* of its power to test the validity of statutes, deprive the legislatures of their ability to enact reasonable limits, and intermingle the purpose of statutory interpretation with the exercise of judicial review (see *Bell ExpressVu*, *supra*, at paras. 62-66).

In this case, the language of s. 43 does not bear a narrow interpretation which encompasses only those minor uses of force that “restrain, control or express some symbolic disapproval” (McLachlin C.J., at para. 24). The words of the provision relate to any use of force toward a pupil or child by a teacher or parent that is “by way of correction” and is “reasonable under the circumstances”. To read into the text implicit exclusions based on the age of the child, the part of the body hit, the type of assault committed, and whether an implement is used, would turn the exercise of statutory interpretation into one of legislative drafting. It is the duty of the Court to determine the intent of the legislator by looking at the text, context and purpose of the provision. The Court would be substituting its own views and opinions rather than interpreting those of the legislator if it were to severely circumscribe a statutory provision and drastically limit its intended application. This is not its role.

While I rely for the most part on the detailed reasons of Arbour J. on the interpretation of s. 43, I would emphasize that the ordinary meaning of s. 43 does not support the restrictive interpretation proposed by the Chief Justice. As one example, the Chief Justice reads into s. 43 completely different standards for teachers as opposed to parents: “Teachers may reasonably apply force to remove a child from a classroom or secure compliance with instructions, but not merely as corporal punishment” (para. 40). However, this distinction is not available on the text of the provision, which plainly places teachers on par with parents. In the same vein, the

peut l’interpréter en en limitant la portée de manière à créer une disposition valide sur le plan constitutionnel. Une telle approche neutraliserait le pouvoir de la *Charte* quant au contrôle de la validité des textes législatifs, priverait les législateurs de la possibilité d’imposer des limites raisonnables et opérerait confusion entre l’objet de l’interprétation législative et l’exercice du contrôle judiciaire (voir *Bell ExpressVu*, précité, par. 62 à 66).

En l’espèce, le libellé de l’art. 43 ne peut recevoir une interprétation stricte qui n’engloberait que les recours à une force légère « visant à contrôler [un] comportement ou à y mettre fin ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard » (la juge en chef McLachlin, par. 24). Les termes de la disposition concernent tout emploi de la force par un instituteur ou par un père ou une mère contre un élève ou un enfant qui a pour but de le « corriger » et qui est « raisonnable dans les circonstances ». Introduire dans le libellé en cause des exclusions implicites fondées sur l’âge de l’enfant, sur la partie du corps atteinte par les coups, sur le type de voies de fait commises et sur l’emploi ou non d’un objet, transformerait l’exercice d’interprétation législative en un exercice de rédaction législative. La tâche de la Cour consiste à dégager l’intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son contexte et son objet. En limitant radicalement une disposition législative et en en restreignant de façon importante l’application envisagée, la Cour n’interpréterait pas les vues du législateur, mais leur substituerait ses propres vues. Ce n’est pas le rôle qui lui appartient.

Je m’appuie en grande partie sur les motifs détaillés de la juge Arbour quant à l’interprétation de l’art. 43, mais je veux insister sur le fait que le sens ordinaire de cette disposition n’admet pas l’interprétation restrictive proposée par la Juge en chef. Par exemple, la Juge en chef introduit dans l’art. 43 des normes applicables aux instituteurs qui sont complètement différentes de celles qui s’appliquent aux pères et mères : « Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtement corporel à un enfant » (par. 40). Or, le libellé de l’article ne

prohibition on the use of objects or blows to the head is also not supported, considering that s. 43 simply applies to “uses of force”. Bearing in mind that the non-consensual use of force underpins all forms of assault (s. 265(2)), this presumptively includes assault with a weapon. Nothing in s. 43 indicates that Parliament intended that the application of force with an object would be irrebuttably excluded. The same is true of creating blanket exclusions for the use of force on children under two, on teenagers, and on the head as opposed to other body parts. As noted by both the Chief Justice (at para. 28) and Arbour J. (at para. 148), the assessment of reasonableness is a factually heavy and contextually specific inquiry. The choice of this standard indicates that Parliament did not intend that blanket exclusions be read into s. 43 to preemptively delineate the boundaries of its application. That choosing this standard may leave s. 43 vulnerable to constitutional challenge is to be addressed under the constitutional questions, and should not colour the statutory interpretation exercise *ex ante*.

permet pas cette distinction, car il traite clairement les instituteurs et les pères et mères de façon identique. Dans la même veine, l’interdiction relative à l’emploi d’objets ou à l’administration de coups à la tête n’est pas non plus étayée, considérant que l’art. 43 s’applique simplement à l’emploi de « la force ». Si le recours non consensuel à la force est la source de toutes les formes de voies de fait (par. 265(2)), on peut présumer que les voies de fait commises avec une arme sont incluses. Rien dans l’art. 43 n’indique que le législateur voulait exclure irréfutablement la force appliquée au moyen d’un objet. Il en va de même de la création d’exclusions générales concernant le recours à la force contre les enfants de moins de deux ans ou les adolescents et les coups portés à la tête par opposition aux autres parties du corps. Comme l’ont signalé la Juge en chef (par. 28) et la juge Arbour (par. 148), l’appréciation du caractère raisonnable repose fortement sur les faits et tient compte du contexte. Le choix de cette norme indique que le législateur n’avait pas l’intention que l’art. 43 soit interprété comme comportant des exclusions générales implicites destinées à en limiter d’avance l’application. La possibilité que le choix de cette norme compromette la validité constitutionnelle de l’art. 43 doit être évaluée sous l’angle des questions constitutionnelles et ne devrait pas influencer au préalable l’exercice d’interprétation de la loi.

218 On that note, I will now proceed to explain why, in my view, s. 43 does not pass constitutional muster under s. 15 of the *Charter*.

II. Infringement of Section 15

219 Section 15 is meant to catch government action that has a discriminatory purpose or effect on the basis of an enumerated or analogous ground and impairs a person’s dignity. At the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable and equally deserving.

220 The test for determining a s. 15(1) infringement is three-pronged (see *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 39):

J’expliquerai maintenant la raison pour laquelle j’estime que l’art. 43 ne résiste pas à l’examen constitutionnel fondé sur l’art. 15 de la *Charte*.

II. Contravention à l’article 15

L’article 15 vise les mesures gouvernementales qui ont un objet ou un effet discriminatoire fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, et qui constituent une atteinte à la dignité de la personne. Au cœur de l’art. 15 se situe la promotion d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu’êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres.

Le test servant à déterminer s’il y a contravention de l’art. 15 comporte trois volets (voir *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39) :

First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? [Emphasis omitted.]

A. *Distinction in Purpose or Differential Treatment in Effect*

Clearly, s. 43 on its face, as well as in its result, creates a distinction between children and others. Section 265 prohibits the non-consensual application of force to anyone and uses the weight of the criminal justice system to protect invasions of one's fundamental right to bodily integrity (see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at paras. 11-12). Section 43 then withdraws this protection from a designated group of people in society: children. Parliament decided to criminalize certain conduct which is seen as sufficiently morally blameworthy as to merit the disfavour of the criminal law. It then specifically chose to lift protection for one group while leaving protection intact for all others.

B. *Based on an Enumerated Ground*

Equally clearly, the distinction is based on an enumerated ground: age. The respondent's argument that s. 43 is not primarily an age-based distinction but rather one based on the "relationship" between parent and child or school teacher and pupil is overly formalistic. Although s. 43 applies only in circumstances where the accused has a particular relationship with the child, this does not alter the fact that children, as a group, are given inferior protection against criminal assault.

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? [Soulignement omis.]

A. *Distinction dans l'objet ou différence de traitement dans les effets*

De toute évidence, l'art. 43 crée, à la fois par son libellé et par ses effets, une distinction entre les enfants et les autres personnes. L'article 265 interdit l'emploi non consensuel de la force envers quiconque et fait jouer le poids du système de justice pénale pour préserver le droit fondamental de chacun à l'intégrité physique (voir *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 11 et 12). L'article 43 retire cette protection à un groupe désigné de personnes dans la société : les enfants. Le législateur a décidé de criminaliser certains comportements qui sont considérés suffisamment répréhensibles sur le plan moral pour mériter la désapprobation du droit pénal. Il a ensuite expressément choisi de retirer cette protection à un groupe tout en la laissant intacte à l'égard des autres.

B. *En raison d'un motif énuméré*

Il est tout aussi manifeste que la distinction est fondée sur un motif énuméré : l'âge. L'argument avancé par l'intimé selon lequel l'art. 43 n'établit pas une distinction fondée principalement sur l'âge, mais plutôt sur les « liens » entre le père ou la mère et l'enfant, ou l'instituteur et son élève, est trop formaliste. Bien que l'art. 43 ne s'applique que dans des circonstances où l'accusé a un lien particulier avec l'enfant, cela ne change rien au fait que les enfants, en tant que groupe, bénéficient d'une protection inférieure contre les voies de fait criminelles.

221

222

C. *Whether the Distinction or Differential Treatment under Section 43 is Discrimination*

223 *Law, supra*, identified four factors for determining whether the dignity of the group in question is being impaired, thus indicating an infringement of the s. 15 equality guarantee. Not all four factors are necessarily relevant in every case, but the entire context must be considered in determining whether, from the perspective of a reasonable person in the place of the claimant, an infringement of her or his human dignity can be found. In this case, it should be remembered that we should not focus on whether corporal punishment infringes a child's dignity or whether the legislative purpose has properly weighed competing interests, but rather, whether the distinction at issue — the government's explicit choice not to criminalize some assaults against children — violates their dignity.

(1) Nature of the Interest at Stake

224 Clearly, there is a significant interest at stake in the case at bar. The withdrawal of the protection of the criminal law for incursions on one's physical integrity would lead the reasonable claimant to believe that her or his dignity is being harmed. Section 43 sends the message that a child's physical security is less worthy of protection, even though it is seen as a fundamental right for all others.

(2) Pre-Existing Disadvantage, Vulnerability, Stereotyping or Prejudice Experienced by the Individual or Group

225 Children as a group face pre-existing disadvantage in our society. They have been recognized as a vulnerable group time and again by legislatures and courts. Historically, their vulnerability was entrenched by the traditional legal treatment of children as the property or chattel of their parents or guardians. Fortunately, this attitude has changed in modern times with a recognition that children, as individuals, have rights, including the right to have their security and safety protected by their parents,

C. *La distinction ou la différence de traitement établie par l'article 43 est-elle discriminatoire?*

L'arrêt *Law*, précité, a énuméré quatre facteurs servant à déterminer s'il y a atteinte à la dignité du groupe en cause et, partant, non-respect de la garantie d'égalité accordée par l'art. 15. Les quatre facteurs ne sont pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas, mais il faut tenir compte du contexte global pour décider si, du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, il est possible de conclure à une atteinte à sa dignité humaine. En l'espèce, il convient de rappeler que nous ne devons pas déterminer si le châtement corporel porte atteinte à la dignité de l'enfant ni si l'objectif législatif a établi un juste équilibre entre les intérêts opposés, mais plutôt si la distinction en cause — le choix explicite du gouvernement de ne pas criminaliser certaines voies de fait commises contre les enfants — porte atteinte à leur dignité.

(1) La nature du droit en jeu

De toute évidence, le droit en jeu dans la présente affaire est important. Le retrait de la protection du droit criminel contre les atteintes à l'intégrité physique amènerait le demandeur raisonnable à croire que sa dignité est compromise. L'article 43 transmet le message que la sécurité physique d'un enfant est moins digne de protection, alors que la sécurité physique de toutes les autres personnes est considérée comme un droit fondamental.

(2) La préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par l'individu ou par le groupe

En tant que groupe, les enfants subissent un désavantage préexistant dans notre société. Les législatures et les tribunaux ont maintes fois reconnu qu'ils formaient un groupe vulnérable. Autrefois, leur vulnérabilité était cristallisée par le droit, qui considérait traditionnellement les enfants comme la propriété ou le bien de leurs père et mère ou tuteurs. Heureusement, cette attitude a changé et les enfants sont maintenant reconnus comme des personnes qui possèdent des droits, dont celui d'être protégés

families and society at large. This recognition is illustrated by several decisions of this Court (see, e.g., *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2), by government policy and laws (for example, specific criminal law protections, family law reforms, and child protection services), and by international legal authorities (see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 24).

However, by permitting incursions on children's bodies by their parents or teachers, s. 43 appears to be a throwback to old notions of children as property. Section 43 reinforces and compounds children's vulnerability and disadvantage by withdrawing the protection of the criminal law. Moreover, because the accused is the very person most often charged with the control and trusteeship of the child, being deprived of the legal protection to which everyone else is presumptively entitled exacerbates the already vulnerable position of children. The entitlement to protection is derived by virtue of our status as persons and the status of children as persons deserves equal recognition.

(3) Proposed Ameliorative Purposes or Effects

This contextual factor was described in *Law*, *supra*, at para. 72, as follows:

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

In other words, this contextual factor is aimed mainly at recognizing the importance and value of affirmative government measures to ameliorate the

par leurs père et mère, leurs familles et la société en général contre les atteintes à leur sécurité. On en trouve l'illustration dans de nombreux arrêts de notre Cour (voir, p. ex., *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2), dans les politiques gouvernementales et les lois (par exemple, les protections expresses du droit criminel, les réformes du droit de la famille et les services de protection de l'enfance), et dans des instruments juridiques internationaux (voir la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 24).

Cependant, l'art. 43, parce qu'il permet aux pères, mères et instituteurs de s'en prendre physiquement aux enfants, peut être perçu comme un retour à l'ancienne conception des enfants considérés comme des possessions. L'article 43 accentue la vulnérabilité des enfants et aggrave leur condition d'infériorité en les privant de la protection du droit criminel. En outre, comme l'accusé est le plus souvent la personne sous l'autorité de laquelle est placé l'enfant, le fait de priver l'enfant de la protection juridique à laquelle toutes les autres personnes sont présumées avoir droit exacerbe la position de vulnérabilité dans laquelle il se trouve déjà. Notre droit d'être protégés procède de notre statut d'êtres humains, et les enfants sont dignes de la même reconnaissance en tant qu'êtres humains.

(3) L'objet ou l'effet d'amélioration proposé

Ce facteur contextuel a été décrit dans l'arrêt *Law*, précité, par. 72 :

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

Autrement dit, ce facteur contextuel vise principalement à reconnaître l'importance et la valeur des mesures étatiques concrètes visant à améliorer la

226

227

position of already disadvantaged groups. This particular factor is a negative one: the presence of an ameliorative purpose or effect for a more disadvantaged group will mitigate against a finding of dignity infringement, but the lack of an ameliorative purpose or effect has a merely neutral effect on the dignity analysis.

228

In this case, the only other groups that could be said to be affirmatively benefiting from s. 43 are parents and teachers charged with assaulting a child and entitled to raise a s. 43 defence. It is difficult to see, however, how they, as a group, could be seen as more disadvantaged than children, as a group. Therefore, this factor does not apply and has only a neutral impact on the analysis. Arguments that s. 43 ameliorates the position of children facing family violence by avoiding conflict between the family and the criminal justice system is best considered under s. 1 as it deals with justifications for the section *vis-à-vis* the claimant group itself rather than a more disadvantaged group.

(4) Correspondence to Actual Needs, Capacities or Circumstances of the Claimant

229

The respondent argues that s. 43 is based on the inherent capacities and circumstances of childhood and thus cannot be discriminatory or harmful to human dignity. It argues that s. 43 is an age-appropriate response to the unique circumstances of children's psychological development and limitations and their basic need to live with their parents and to be subject to the responsibility mandated to parents to make decisions for a child's education and well-being.

230

This may be true for a more circumscribed defence limited to very minor or mild uses of force, such as restraining a child from running into the road or securing her or him into a car seat. However, as discussed, s. 43 as it currently stands permits a broader range of assaults to be justified by its terms. There is a general consensus among experts that the only benefit of mild to moderate uses of force, such

situation des groupes déjà défavorisés. Ce facteur particulier est un facteur négatif : la présence d'un objet ou d'un effet d'amélioration à l'égard d'un groupe plus défavorisé rendra plus difficile la conclusion d'une atteinte à la dignité, mais son absence n'aura qu'un effet neutre sur l'analyse de l'atteinte à la dignité.

En l'espèce, les seuls autres groupes dont on pourrait dire qu'ils bénéficient concrètement de l'art. 43 sont les pères, mères et instituteurs accusés de voies de fait contre un enfant et qui peuvent invoquer l'art. 43 en défense. Il est toutefois difficile de voir comment, en tant que groupe, ils pourraient être considérés comme plus défavorisés que les enfants, en tant que groupe. Par conséquent, ce facteur ne s'applique pas et n'a qu'une incidence neutre sur l'analyse. Il vaut mieux analyser sous l'angle de l'article premier l'argument selon lequel l'art. 43 améliore la situation des enfants victimes de violence familiale en évitant un conflit entre la famille et le système de justice pénale, car il porte sur les raisons justifiant l'existence de la disposition en regard du groupe demandeur lui-même et non d'un groupe plus défavorisé.

(4) Correspondance avec les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur

L'intimé allègue que l'art. 43 est fondé sur les capacités et la situation inhérentes des enfants et, partant, qu'il ne peut être discriminatoire ni porter atteinte à la dignité humaine. Il fait valoir que l'art. 43 édicte, en tenant compte de l'âge, une règle adaptée à une situation unique, savoir les limites et le développement psychologique des enfants et leur besoin fondamental de vivre avec leurs père et mère et sous la responsabilité de ceux-ci, qui sont chargés de prendre les décisions relatives à leur éducation et à leur bien-être.

Cet argument peut être valable à l'égard d'un moyen de défense plus restreint, limité à l'emploi d'une force très légère ou modérée, par exemple pour empêcher un enfant de se jeter dans la rue en courant ou pour l'attacher dans un siège d'auto. Toutefois, comme nous l'avons vu, les termes mêmes de l'art. 43, tel qu'il est rédigé actuellement, permettent de justifier une plus vaste gamme de

as spanking, is short-term compliance. Anything more serious is not only not conducive to furthering the education of children, but also potentially harmful to their development and health (trial judge (2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 17). It cannot be seriously argued that children need corporal punishment to grow and learn. Indeed, their capacities and circumstances would generally point in the opposite direction — that they can learn through reason and example while feeling secure in their physical safety and bodily integrity.

By condoning assaults on children by their parents or teachers, s. 43 perpetuates the notion of children as property rather than human beings and sends the message that their bodily integrity and physical security are to be sacrificed to the will of their parents, however misguided. In the words of Dickson J. (as he then was) in *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, at p. 187, s. 43 creates a category of “second-class citizens” that must suffer a “consequent attenuation of [their] right to dignity and physical security”. Far from corresponding to the actual needs and circumstances of children, s. 43 compounds the pre-existing disadvantage of children as a vulnerable and often-powerless group whose access to legal redress is already restricted.

All of the above points to a finding of discriminatory treatment in purpose and effect. By justifying what would otherwise amount to criminal assault, s. 43 encourages a view of children as less worthy of protection and respect for their bodily integrity based on outdated notions of their inferior personhood. I will now proceed to discuss why this infringement of s. 15 is not justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

voies de fait. Il existe un consensus général parmi les experts selon lequel le seul avantage à tirer de l’emploi d’une force légère ou modérée, comme la fessée, est l’obéissance à court terme. L’emploi d’une force plus grande non seulement n’a aucune valeur éducative, mais risque de nuire au développement et à la santé des enfants (juge de première instance (2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 17). On ne peut soutenir sérieusement que les enfants ont besoin de châtiments corporels pour croître et apprendre. De fait, leurs capacités et leur situation tendraient en général à indiquer le contraire — c’est-à-dire qu’ils peuvent apprendre par la raison et par l’exemple, avec le sentiment que leur sécurité et leur intégrité physiques ne sont pas menacées.

En tolérant les voies de fait que peuvent commettre les pères, mères et instituteurs contre les enfants, l’art. 43 perpétue l’idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains, et il transmet le message que leur intégrité et leur sécurité physiques doivent être sacrifiées à la volonté de leurs père et mère, aussi peu judicieuse soit-elle. Pour reprendre les propos du juge Dickson (devenu plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 187, l’art. 43 crée une catégorie de « citoyens de deuxième classe » qui doivent ainsi subir une « restriction [de leur] droit à la dignité et à la sécurité physique ». Loin de correspondre à leurs besoins et à leur situation véritables, l’art. 43 accentue le désavantage préexistant que subissent les enfants à titre de groupe vulnérable et souvent impuissant, pour qui l’accès à la justice en vue d’obtenir réparation est déjà limité.

Tous les éléments qui précèdent sont favorables à une conclusion de traitement discriminatoire dans l’objet et dans l’effet de la loi. En justifiant ce qui autrement équivaldrait à des voies de fait criminelles, l’art. 43 encourage l’opinion selon laquelle les enfants ne méritent pas la même protection et le même respect de leur intégrité physique que les autres personnes, opinion qui est fondée sur l’idée désuète que les enfants sont des personnes de statut inférieur. J’étudierai maintenant la raison pour laquelle cette contravention à l’art. 15 ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l’article premier de la *Charte*.

231

232

III. Section 1

233 The analysis under s. 1 determines whether the means chosen to fulfill a legislative objective constitutes a reasonable limit on a *Charter* right in a free and democratic society. Pursuant to the well-established *Oakes* test, this analysis consists of two broad inquiries: the first inquires into whether the objective is sufficiently pressing and substantial, and the second examines the proportionality between the objective sought and the means chosen (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39).

A. *Pressing and Substantial Objective*

234 The trial judge determined that the legislative objective behind s. 43 was as follows (at para. 47):

Having regard to the history of the legislation, I conclude that Parliament's purpose in maintaining s. 43 is to recognize that parents and teachers require reasonable latitude in carrying out the responsibility imposed by law to provide for their children, to nurture them, and to educate them. That responsibility, Parliament has decided, cannot be carried out unless parents and teachers have a protected sphere of authority within which to fulfill their responsibilities.

Considering the important place of the family unit, both legally and socially, I accept that this is a pressing and substantial objective. The child developmental process is unique and the state should not intrude unnecessarily into the parental or supervisory role. It is understandable for Parliament to lend parents and caregivers a measure of flexibility in the private exercise of child-rearing.

235 The respondent also asserted that a central aspect of this objective is to protect children and families from the intrusion of the criminal law and the damaging effect of criminal sanctions in respect of conduct that the evidence demonstrates is not harmful. This line of argument seeks to impermissibly shift the nature of the legislative purpose from one of parental rights to one of child protection. This is not merely a shift in the emphasis of the legislative objective but a significant reclassification of it. At the time s. 43 was passed, the objective of

III. Article premier

L'analyse fondée sur l'article premier vise à déterminer si le moyen retenu pour atteindre un objectif législatif restreint un droit garanti par la *Charte* dans des limites qui sont raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Selon le test bien établi dans l'arrêt *Oakes*, cette analyse comporte deux grandes questions : la première consiste à établir si l'objectif visé est suffisamment urgent et réel; la seconde, à examiner la proportionnalité entre l'objectif visé et le moyen retenu (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-139).

A. *L'objectif urgent et réel*

Le juge de première instance a conclu que l'objectif législatif de l'art. 43 était le suivant (par. 47) :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'historique de la loi, je conclus qu'en maintenant l'art. 43, le législateur entendait reconnaître le fait que les pères, mères et instituteurs ont besoin d'une marge de manœuvre raisonnable pour s'acquitter de la responsabilité que la loi leur impose de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les élever et de les éduquer. Cette responsabilité, a décidé le législateur, ne peut s'exercer que si les pères, mères et instituteurs bénéficient d'une sphère d'autorité protégée au sein de laquelle ils peuvent s'acquitter de leurs responsabilités.

Considérant la place importante de la cellule familiale, sur le plan juridique et social, je conviens qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel. Le processus de développement de l'enfant est unique et l'État ne devrait pas empiéter inutilement sur le rôle des pères, mères et surveillants. On peut comprendre que le législateur accorde aux pères, mères et gardiens une certaine latitude dans l'éducation des enfants qui revêt un caractère privé.

L'intimé a aussi fait valoir qu'un des aspects fondamentaux de cet objectif est de protéger les enfants et les familles contre l'ingérence du droit criminel et contre les effets négatifs de l'imposition de sanctions pénales à l'égard d'un comportement qui, selon la preuve, ne cause aucun préjudice. Ce raisonnement tend à modifier indûment la nature de l'objectif législatif axé sur les droits des pères et mères en le réorientant vers la protection de l'enfant. Il ne s'agit pas d'un simple changement de perspective de l'objectif législatif, mais d'un

affording parents and teachers reasonable latitude was based in traditional notions of children as property, capable of learning through physical violence, which was left to parents and teachers to mete out at their discretion. The heading in the *Code* under which s. 43 is placed — “Protection of Persons in Authority” — confirms that this justification was aimed at protecting parents and teachers from prosecution and not to protect children from the intrusion of the criminal law. This alternate objective put forth by the respondent attempts to portray a child-centred approach to s. 43, which was clearly never the original intent of the legislator. That being said, it may be that considerations such as the negative effect of the criminal justice system and the existence of alternatives for protecting children from abuse and harm will constitute part of the context in examining whether the means chosen are proportional to the objective.

B. *Proportionality*

(1) Rational Connection Between the Means Chosen and the Objective Sought

There does appear to be a rational connection between the objective of giving parents and teachers reasonable latitude in caring for children and limiting the application of the criminal law in the parent-child or teacher-pupil relationship. It is logical that providing parents and teachers with a sphere of immunity from criminal sanction will increase the domain of their authority in dealing with their children or students.

(2) Minimal Impairment

It is well established that Parliament need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. On the one hand, a greater degree of deference may be afforded in this assessment when, as here, there are a number of competing interests, including the equality of the

important changement de catégorie. Au moment de l’adoption de l’art. 43, l’objectif de donner aux pères, mères et instituteurs une marge de manœuvre raisonnable reposait sur la conception traditionnelle des enfants considérés comme des possessions et capables de tirer des leçons de la violence physique que les pères, mères et instituteurs pouvaient doser à leur guise. Dans le *Code*, l’intitulé sous lequel se trouve l’art. 43 — « Protection des personnes exerçant l’autorité » — confirme que cette justification visait à protéger les pères, mères et instituteurs contre les poursuites, et non à protéger les enfants contre l’ingérence du droit pénal. En proposant cet autre objectif, l’intimé voudrait que l’on adopte pour l’application de l’art. 43 une méthode centrée sur l’enfant, qui n’a manifestement jamais correspondu à l’intention originale du législateur. Cela dit, il se peut que des considérations telles que les effets négatifs du système de justice pénale et l’existence de solutions de rechange pour protéger les enfants contre la violence et les préjudices fassent partie du contexte à prendre en compte pour déterminer si la mesure retenue est proportionnelle à l’objectif visé.

B. *La proportionnalité*

(1) Lien rationnel entre les moyens choisis et l’objectif visé

Il semble exister un lien rationnel entre l’objectif d’accorder une marge de manœuvre raisonnable aux pères, mères et instituteurs qui prennent soin des enfants et la décision de limiter l’application du droit pénal dans la relation parent-enfant ou instituteur-élève. L’existence d’une sphère d’immunité permettant aux pères, mères et instituteurs d’échapper à l’imposition de sanctions pénales aura logiquement pour effet d’accroître leur autorité dans leurs rapports avec leurs enfants ou leurs élèves.

(2) Atteinte minimale

Il est bien établi que le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins attentatoires pour atteindre ses objectifs, mais qu’il doit les choisir dans l’éventail des mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Une plus grande retenue dans cette appréciation peut être indiquée lorsque, comme en l’espèce, plusieurs intérêts opposés sont en jeu, notamment le droit de

236

237

child, the privacy of the family unit, and the potential liberty consequences for an accused. On the other hand, a serious infringement to such a basic right as physical integrity against a vulnerable group such as children cannot be easily justified. When faced with these circumstances, the court should not be overly deferential in its approach.

238 Here it is clear that less intrusive means were available that would have been more appropriately tailored to the legislative objective. Section 43 could have been defined in such a way as to be limited only to very minor applications of force rather than being broad enough to capture more serious assaults on a child's body. Indeed, it could have been better tailored in terms of those to whom it applies (all children, including infants), those whom it protects (e.g., teachers are given the same latitude as parents), and the scope of conduct it justifies (i.e., spanking and other assaults that can entail pain or harm to the child).

239 The respondent argues s. 43 is merely indirect in its effect and is akin to an underinclusive application of the criminal law of assault. However, I would make the following comments in response. First, we are not dealing with a legislative omission here, but rather an explicit age-based distinction withdrawing the protection of a *Code* provision. Section 43 is the only justification in the *Code* whose purpose and effect is to create a distinction on an enumerated ground. Second, because of the fundamental nature of physical integrity and bodily autonomy for all persons, including children, any derogation, especially when based on an enumerated or analogous ground, should be regarded with suspicion.

240 It was also argued that this Court should acknowledge that provincial child protection legislation and federal education initiatives are in place to protect children from abuse in a way which is less disruptive to the family unit than the criminal law. This

l'enfant à l'égalité, le respect de la vie privée de la cellule familiale et les conséquences éventuelles sur la liberté d'un accusé. Par contre, une atteinte grave à un droit aussi fondamental que le droit à l'intégrité physique, portée contre le groupe vulnérable que sont les enfants, ne peut se justifier facilement. Dans un tel cas, le tribunal ne devrait pas adopter une approche qui soit empreinte d'une trop grande retenue.

En l'espèce, il est clair qu'il existait des mesures moins attentatoires et mieux adaptées à l'objectif législatif. L'article 43 aurait pu être rédigé en des termes qui en limitent l'application à l'emploi d'une force très légère, plutôt qu'en des termes assez généraux pour englober les voies de fait plus graves commises contre un enfant. De fait, il aurait pu cibler plus précisément les personnes qu'il vise (tous les enfants, y compris les nourrissons), celles qu'il protège (p. ex. les instituteurs bénéficient de la même marge de manœuvre que les pères et mères) et la portée de la conduite qu'il justifie (c.-à-d. la fessée et les autres voies de fait qui peuvent causer de la douleur et des blessures à l'enfant).

L'intimé soutient que l'art. 43 n'a qu'un effet indirect et qu'il s'apparente à une application limitative du droit criminel en matière de voies de fait. Toutefois, je formulerai les remarques suivantes en réponse à cet argument. Premièrement, nous ne sommes pas en présence ici d'une omission législative, mais plutôt d'une distinction expresse fondée sur l'âge qui retire la protection conférée par une disposition du *Code*. L'article 43 est la seule justification du *Code* dont l'objet et l'effet sont de créer une distinction fondée sur un motif énuméré. Deuxièmement, compte tenu de la nature fondamentale du droit à l'intégrité et à l'autonomie physiques reconnu à toutes les personnes, y compris aux enfants, toute dérogation, en particulier lorsqu'elle est fondée sur un motif énuméré ou analogue, doit être considérée suspecte.

On a aussi soutenu que la Cour devait reconnaître que les lois provinciales sur la protection de l'enfance et les initiatives fédérales en matière d'éducation protègent les enfants contre la violence tout en perturbant moins la cellule familiale que ne le

may have been a more important consideration at this stage if we were dealing with circumstances that were less clear. If the Court had been called upon to engage in a delicate balancing exercise between competing options and values open to the government, then the existence of less intrusive, parallel alternatives may have had a significant impact on the assessment of the constitutional validity of s. 43. However, the *Charter* infringement in this case is discriminatory at a very direct and basic level. It clearly impairs the equal rights of children to bodily integrity and security in a much more intrusive way than necessary to achieve a valid legislative objective. The provincial and policy mechanisms available do not change this effect.

(3) Proportionality Between the Salutary and Deleterious Effects

Although not strictly necessary to proceed to this part of the *Oakes* test, I will briefly consider the salutary and deleterious effects of the application of s. 43. This assessment also supports my conclusion. The deleterious effects impact upon such a core right of children as a vulnerable group that the salutary effects must be extremely compelling to be proportional. Although there is a benefit to parents, children, teachers and families to escape the unnecessary intrusion of the criminal law into the private realm of child-rearing, when there is harm to a child this is precisely the point where the disapproval of the criminal law becomes necessary. It may not be necessary in a given set of circumstances for the full weight of the criminal justice system to be brought down on an accused who would otherwise be protected under s. 43, and that can be determined by child protection agencies, the police and the prosecutor, taking into account the best interests of the child. However, it is the discrimination represented by s. 43 that produces the most drastic effect; it sends the message that children, as a group, are less worthy of protection of their bodies than anyone else.

fait le droit criminel. Cette considération aurait pu avoir plus de poids à cette étape si nous avions été en présence d'une situation moins évidente. Si la Cour avait été appelée à s'engager dans la délicate pondération des différentes solutions et valeurs parmi lesquelles le gouvernement pouvait exercer son choix, l'existence de mesures de rechange parallèles moins envahissantes aurait pu avoir une incidence importante sur l'appréciation de la constitutionnalité de l'art. 43. Cependant, le non-respect de la *Charte* en l'espèce est directement et fondamentalement discriminatoire. Elle restreint manifestement l'égalité des droits des enfants à l'intégrité et à la sécurité physiques beaucoup plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif législatif valide. Les mécanismes provinciaux et les politiques disponibles n'y changent rien.

(3) Proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire d'aborder cette partie du test établi dans l'arrêt *Oakes*, j'examinerai brièvement les effets bénéfiques et les effets préjudiciables résultant de l'application de l'art. 43. Cette étude vient aussi appuyer ma conclusion. Les effets préjudiciables touchent un droit si fondamental pour le groupe vulnérable que sont les enfants que les effets bénéfiques doivent être extrêmement convaincants pour être proportionnels. Même s'il est avantageux pour les pères et mères, les enfants, les instituteurs et les familles d'échapper à l'ingérence inutile du droit criminel dans le royaume de l'éducation des enfants, c'est précisément lorsque ces derniers subissent un préjudice qu'il devient nécessaire que le droit criminel exprime sa désapprobation. Dans des circonstances données, il n'est peut-être pas nécessaire de faire peser tout le poids du système de justice pénale sur un accusé qui, autrement, serait protégé par l'art. 43, et c'est une décision que les organismes de protection de l'enfance, la police et le ministère public peuvent prendre en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, c'est la discrimination qu'entraîne l'art. 43 qui produit les conséquences les plus radicales; elle transmet le message que les enfants, en tant que groupe, sont moins dignes que n'importe qui d'autre d'être protégés contre une atteinte physique.

IV. Remedy

242 The striking down of s. 43 is the only appropriate remedy in this case. In other words, s. 43 should be severed from the rest of the *Code*. It does not measure up to *Charter* standards and, thus, must cede to the supremacy of the Constitution to the extent of any inconsistency (*Constitution Act, 1982*, s. 52). In choosing a remedy, the Court must be guided not only by the purposes of the *Charter* but by the purposes of the legislation and considerations of the proper institutional division of labour between the courts and legislatures (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; see also R. J. Sharpe, K. E. Swinton and K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 2002), c. 17).

243 Although reading down s. 43, such that its scope would be similar to the “interpretation” proposed by the majority, would bring that provision in line with constitutional requirements, it is not the place of this Court to craft a new provision to replace the one intended to be created by Parliament. As noted, a restricted scope to s. 43 could have been one less intrusive means for minimally impairing the equality rights of children under this scheme. However, this is not to say that this was the only means open to Parliament nor that it would necessarily be free from all constitutional scrutiny if chosen. The balance to be struck between the number of competing interests at play requires a contextual approach be taken to the assessment of constitutional validity and the measurement of the “extent of the inconsistency”. It is not the Court’s role to deem where this balance must be struck. In this case, s. 43 as it stands clearly violates the *Charter* and must fall. Parliament can then choose how it wishes to respond to this result.

244 In some cases it is possible for the Court to delay the immediate effect of a declaration of invalidity. Generally, the Court should be wary of allowing or appearing to condone a continued state of affairs that violates *Charter* rights. Therefore, I would suggest temporary suspensions of invalidity should

IV. Réparation

L’invalidation de l’art. 43 est la seule réparation appropriée en l’espèce. Autrement dit, l’art. 43 devrait être dissocié du reste du *Code*. Il ne satisfait pas aux normes établies par la *Charte* et, par conséquent, la primauté de la Constitution (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52) commande qu’il soit écarté dans la mesure de cette incompatibilité. Dans le choix d’une réparation, la Cour doit se laisser guider non seulement par les objectifs de la *Charte*, mais aussi par les objectifs de la loi, et elle doit tenir compte du principe de la juste répartition institutionnelle des responsabilités entre les tribunaux et les législatures (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; voir aussi R. J. Sharpe, K. E. Swinton et K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (2^e éd. 2002), ch. 17).

Certes, une interprétation atténuée de l’art. 43 qui en restreindrait la portée à l’« interprétation » proposée par la majorité rendrait cette disposition conforme aux exigences constitutionnelles. Néanmoins, il n’appartient pas à la Cour d’élaborer une nouvelle disposition pour remplacer celle que le législateur a voulu créer. Comme je l’ai signalé, l’attribution d’une portée limitée à l’art. 43 aurait pu constituer une mesure moins attentatoire aux droits à l’égalité des enfants sous ce régime. Toutefois, cela ne signifie pas que c’était le seul moyen dont disposait le législateur, ni que cette mesure serait à l’abri de tout examen constitutionnel, si elle avait été retenue. La pondération des multiples intérêts opposés en jeu commande l’adoption d’une méthode contextuelle pour l’appréciation de la constitutionnalité et de la « mesure de l’incompatibilité ». Il ne revient pas à la Cour de procéder à cette pondération. En l’espèce, l’art. 43, dans son libellé actuel, viole manifestement la *Charte* et doit être invalidé. Le législateur pourra alors décider comment il souhaite réagir à ce résultat.

Dans certains cas, la Cour peut retarder l’effet immédiat d’une déclaration d’invalidité. En règle générale, elle doit se garder de permettre ou de tolérer en apparence une situation existante qui viole les droits garantis par la *Charte*. Par conséquent, je serais portée à croire que les suspensions

generally be confined to only those circumstances where it is required by the potential impact and consequences of an immediate declaration of invalidity. For instance, if the immediate nullification of the law could lead to chaos or serious threat to public safety, then there may be good justification for suspending the declaration (see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). Similarly, it may be appropriate to temporarily suspend a declaration of invalidity where it would be less intrusive on the separation of powers to allow the legislature a stated period of time to reconsider its policy and budgetary choices in light of constitutional parameters (see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3). In this case, the circumstances are not compelling enough to permit continued violations of the equality rights of children. There would be no immediate harm to the public nor budgetary consequences to the government to declare s. 43 of no force and effect.

V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal. Because I find that s. 43 violates the equality guarantees of children under s. 15(1) of the *Charter*, and it is not saved as a reasonable limit under s. 1, it is unnecessary for me to consider the other constitutional questions posed. The most appropriate and least intrusive remedy in this case is to strike down s. 43.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the

temporaires d'invalidité devraient généralement se limiter aux cas où elles s'imposent en raison des répercussions et des conséquences éventuelles d'une déclaration immédiate d'invalidité. Par exemple, si la nullité immédiate de la loi pouvait mener au chaos ou menacer la sécurité du public, il serait alors tout à fait justifié de suspendre l'effet de la déclaration (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). De même, il peut être approprié de suspendre temporairement une déclaration d'invalidité lorsque le fait d'accorder à la législature un délai déterminé pour réexaminer ses choix budgétaires et de politique au regard des paramètres constitutionnels est moins attentatoire au partage des pouvoirs (voir, p. ex., *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3). En l'espèce, les circonstances ne sont pas impérieuses au point de permettre la violation des droits à l'égalité des enfants. La déclaration portant que l'art. 43 est inopérant ne causerait aucun préjudice immédiat au public et n'entraînerait aucune conséquence budgétaire pour le gouvernement.

V. Dispositif

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi. Puisque je conclus que l'art. 43 viole les droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte* garantit aux enfants, et qu'il n'est pas validé à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres questions constitutionnelles qui ont été soulevées. La réparation la plus appropriée et la moins attentatoire en l'espèce consiste à invalider l'art. 43.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une

meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

APPENDIX

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

43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Appeal dismissed, BINNIE J. dissenting in part and ARBOUR and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Teachers' Federation: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Association of Children's Aid Societies: WeirFoulds, Toronto; Ontario Association of Children's Aid Societies, Toronto.

Solicitors for the intervener the Coalition for Family Autonomy: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitor for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montreal.

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

Charte canadienne des droits et libertés

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

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Pourvoi rejeté, le juge BINNIE est dissident en partie et les juges ARBOUR et DESCHAMPS sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance : WeirFoulds, Toronto; Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Coalition for Family Autonomy : Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

*Solicitors for the intervener the Child Welfare
League of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Ligue pour
le bien-être de l'enfance du Canada : McCarthy
Tétrault, Toronto.*