

Minister of Justice *Appellant*

v.

Glen Sebastian Burns and Atif Ahmad Rafay *Respondents*

and

Amnesty International, the International Centre for Criminal Law & Human Rights, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Washington Association of Criminal Defence Lawyers and the Senate of the Republic of Italy *Interveners*

INDEXED AS: UNITED STATES v. BURNS

Neutral citation: 2001 SCC 7.

File No.: 26129.

Hearing: March 22, 1999.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

Rehearing: May 23, 2000; February 15, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether extradition without assurances infringed fugitives' constitutional rights to remain in or enter Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state —

Ministre de la Justice *Appelant*

c.

Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad Rafay *Intimés*

et

Amnistie Internationale, International Centre for Criminal Law & Human Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Washington Association of Criminal Defence Lawyers et Sénat de la République italienne *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS c. BURNS

Référence neutre : 2001 CSC 7.

N° du greffe : 26129.

Audition : 22 mars 1999.

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

Nouvelle audition : 23 mai 2000; 15 février 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — L'extradition des fugitifs sans les assurances prévues violerait-elle le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer que leur garantiit la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Peines cruelles et inusitées — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugi-

Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether constitutional guarantee against cruel and unusual punishment engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Fugitives deprived of their rights to liberty and security of person by extradition order — Whether threatened deprivation of fugitives' rights in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether extradition without assurances justifiable as reasonable in free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

The respondents are each wanted on three counts of aggravated first degree murder in the State of Washington. If found guilty, they will face either the death penalty or life in prison without the possibility of parole. The respondents are both Canadian citizens and were 18 years old when the father, mother and sister of the respondent Rafay were found bludgeoned to death in their home in Bellevue, Washington, in July 1994. Both Burns and Rafay, who had been friends at high school in British Columbia, admit that they were at the Rafay home on the night of the murders. They claim to have gone out on the evening of July 12, 1994 and when they returned, they say, they found the bodies of the three murdered Rafay family members. Thereafter, the respondents returned to Canada. As a result of investigative work by undercover RCMP officers, they were eventually arrested. The Attorney General of British Columbia decided against a prosecution in that province. United States authorities commenced proceedings to extradite the respondents to the State of Washington for trial. The Minister of Justice for Canada, after evaluating the respondents' particular circumstances, including their age and their Canadian nationality, ordered their extradition pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* without seeking assurances from the United States under Article 6 of the extradition treaty between the two countries that the death penalty would not be imposed, or, if

tifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — La garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — Fugitifs privés par l'arrêt d'extradition de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne — Ce risque de privation des droits des fugitifs est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — Si la réponse est négative, est-ce que l'extradition sans les assurances prévues peut être justifiée en tant que mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Les intimés sont tous les deux recherchés dans l'État de Washington pour trois chefs de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. S'ils sont déclarés coupables, les intimés sont passibles soit de la peine de mort soit de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Les intimés sont tous deux citoyens canadiens et ils étaient âgés de 18 ans lorsque le père, la mère et la sœur de l'intimé Rafay ont été trouvés battus à mort dans leur domicile de Bellevue, dans l'État de Washington, en juillet 1994. Burns et Rafay, qui s'étaient liés d'amitié lorsqu'ils fréquentaient l'école secondaire en Colombie-Britannique, admettent qu'ils se trouvaient au domicile de Rafay le soir des meurtres. Ils disent être sortis le soir du 12 juillet 1994 et que, à leur retour, ils ont trouvé les corps des trois membres de la famille Rafay qui ont été assassinés. Par la suite, les intimés sont retournés au Canada. À la suite d'une enquête menée par des agents d'infiltration de la GRC, ils ont finalement été arrêtés. Le procureur de la Colombie-Britannique a décidé de ne pas tenter de poursuite contre eux dans la province. Les autorités américaines ont entamé des procédures en vue d'obtenir leur extradition vers l'État de Washington pour qu'ils y soient jugés. Après avoir évalué les circonstances particulières de la situation des intimés, notamment leur âge et leur nationalité canadienne, le ministre de la Justice du Canada a ordonné leur extradition conformément à

imposed, would not be carried out. The British Columbia Court of Appeal, in a majority decision, ruled that the unconditional extradition order would violate the mobility rights of the respondents under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal therefore set aside the Minister's decision and directed him to seek assurances as a condition of surrender.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 25 of the *Extradition Act* creates a broad ministerial discretion whether to surrender a fugitive, and if so, on what terms. While constitutionally valid, the Minister's discretion is limited by the *Charter*. The authority of the Minister under s. 25 is predicated on the existence of an extradition treaty. In respect of seeking assurances under Article 6 of the treaty, the Minister took the position that assurances were not to be sought routinely in every case in which the death penalty was applicable; such assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warranted that special exercise of discretion. Although it is generally for the Minister, not the court, to assess the weight of competing considerations in extradition policy, the availability of the death penalty opens up a different dimension. Death penalty cases are uniquely bound up with basic constitutional values and the court is the guardian of the Constitution.

The death penalty is a justice issue and is only marginally a mobility rights issue. Section 6(1) of the *Charter*, standing alone, does not invalidate an extradition without assurances. Although extradition is a *prima facie* infringement of the s. 6(1) right of every Canadian citizen to "remain in" Canada, efforts to stretch mobility rights to cover the death penalty controversy are misplaced.

Nor is s. 12 of the *Charter* ("cruel and unusual treatment or punishment") the most appropriate head of relief. The *Charter* guarantees certain rights and freedoms from infringement by "the Parliament and govern-

l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* sans demander aux États-Unis, en vertu de l'article 6 du traité d'extradition entre les deux pays, des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée ou que, si elle l'était, elle ne serait pas appliquée. Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que l'arrêté d'extradition inconditionnel violerait le droit à la liberté de circulation garanti aux intimés par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a infirmé la décision du ministre et ordonné à celui-ci de demander des assurances à titre de condition de remise.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire l'habilitant à décider si un fugitif doit ou non être livré à l'État requérant et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Bien que valide sur le plan constitutionnel, le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par la *Charte*. Le pouvoir conféré au ministre par l'art. 25 repose sur l'existence d'un traité d'extradition. En ce qui concerne les demandes d'assurances prévues par l'article 6 du traité, le ministre a affirmé que de telles assurances ne devaient pas être systématiquement demandées dans tous les cas où la peine de mort était applicable et qu'elles ne devraient être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l'affaire justifient cet exercice spécial du pouvoir discrétionnaire. Quoique ce soit généralement au ministre, et non aux tribunaux, qu'il incombe de soupeser les considérations qui s'opposent dans l'application de la politique d'extradition, le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir une dimension particulière. Les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle et les tribunaux sont les gardiens de la Constitution.

La peine de mort est une question qui a trait à la justice et qui ne touche qu'accessoirement la liberté de circulation. Le paragraphe 6(1) de la *Charte* n'invalide pas à lui seul l'extradition sans les assurances prévues. Quoique l'extradition constitue à première vue une atteinte au droit que garantit le par. 6(1) à tout citoyen canadien de « demeurer au » Canada, les efforts déployés en vue d'élargir le champ d'application du droit à la liberté de circulation à la controverse entourant la peine de mort sont mal inspirés.

L'article 12 de la *Charte* (« traitements ou peines cruels et inusités ») n'est pas non plus la disposition qu'il convient d'invoquer. La *Charte* protège certains droits et libertés contre les atteintes susceptibles d'y être

ment of Canada” and “the legislature and government of each province” (s. 32(1)). The Canadian government would not itself inflict capital punishment, although its decision to extradite without assurances would be a necessary link in the chain of causation to that potential result. However, the degree of causal remoteness between the extradition order to face trial and the potential imposition of capital punishment as one of many possible outcomes to this prosecution makes this a case more appropriately reviewed under s. 7 of the *Charter*. The values underlying various sections of the *Charter*, including s. 12, form part of the balancing process engaged in under s. 7.

Section 7 (“fundamental justice”) applies because the extradition order would, if implemented, deprive the respondents of their rights of liberty and security of the person since their lives are potentially at risk. The issue is whether the threatened deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 is concerned not only with the act of extradition, but also with its potential consequences. The balancing process set out in *Kindler* and *Ng* is the proper analytical approach. The “shocks the conscience” language signals the possibility that even though the rights of the fugitive are to be considered in the context of other applicable principles of fundamental justice, which are normally of sufficient importance to uphold the extradition, a particular treatment or punishment may sufficiently violate our sense of fundamental justice as to tilt the balance against extradition. The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience.

The important inquiry is to determine what constitutes the applicable principles of fundamental justice in the extradition context. The outcome of the appeal turns on an appreciation of these principles, which in turn are derived from the basic tenets of our legal system. While these basic tenets have not changed since 1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, their application 10 years later must take note of factual developments in Canada and in relevant foreign jurisdictions.

In this case, it is said that a number of factors favour extradition without assurances: (1) individuals accused

portées par le « Parlement et [le] gouvernement du Canada » et par « la législature et [le] gouvernement de chaque province » (par. 32(1)). Le gouvernement canadien n’infligerait pas lui-même la peine capitale, mais sa décision d’extrader sans les assurances prévues serait un maillon nécessaire du lien de causalité conduisant à ce résultat potentiel. Toutefois, il s’agit d’un cas qu’il convient d’examiner au regard de l’art. 7 de la *Charte*, compte tenu du degré de proximité causale entre, d’une part, l’arrêté d’extradition pris en vue de permettre la tenue du procès et, d’autre part, l’infliction potentielle de la peine capitale qui constitue l’une des nombreuses issues possibles des poursuites en cause. Les valeurs qui sont à la base de divers articles de la *Charte*, notamment l’art. 12, font partie du processus de pondération fondé sur l’art. 7.

L’article 7 (« justice fondamentale ») s’applique puisque, s’il était exécuté, l’arrêté d’extradition aurait pour effet de priver les intimés de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne étant donné que leur vie pourrait être en danger. La question est de savoir si ce risque de privation est compatible avec les principes de justice fondamentale. L’article 7 ne s’attache pas seulement à l’acte d’extradition, mais aussi à ses conséquences potentielles. Le processus de pondération décrit dans les arrêts *Kindler* et *Ng* est la démarche analytique applicable. Les mots « choc de la conscience » indiquent que, — bien que les droits du fugitif doivent être examinés au regard d’autres principes de justice fondamentale applicables qui sont en règle générale suffisamment importants pour justifier l’extradition —, il est possible qu’un traitement ou une peine donné viole notre sens de la justice fondamentale au point de faire pencher la balance à l’encontre de la décision d’extrader. La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience.

Ce qu’il importe de déterminer, ce sont les principes de justice fondamentale qui s’appliquent dans le contexte de l’extradition. L’issue du pourvoi dépend d’une appréciation de ces principes, qui eux-mêmes découlent des préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ces préceptes fondamentaux n’ont pas changé depuis que les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus en 1991, mais leur application, 10 ans plus tard, doit tenir compte des faits nouveaux survenus au Canada et dans des ressorts étrangers pertinents.

En l’espèce, on affirme qu’un certain nombre de principes de justice fondamentale militent en faveur de l’ex-

of a crime should be brought to trial to determine the truth of the charges, the concern being that if assurances are sought and refused, the Canadian government could face the possibility that the respondents might avoid a trial altogether; (2) justice is best served by a trial in the jurisdiction where the crime was allegedly committed and the harmful impact felt; (3) individuals who choose to leave Canada leave behind Canadian law and procedures and must generally accept the local law, procedure and punishments which the foreign state applies to its own residents; and (4) extradition is based on the principles of comity and fairness to other cooperating states in rendering mutual assistance in bringing fugitives to justice, subject to the principle that the fugitive must be able to receive a fair trial in the requesting state.

Countervailing factors favour extradition only with assurances. First, in Canada, the death penalty has been rejected as an acceptable element of criminal justice. Capital punishment engages the underlying values of the prohibition against cruel and unusual punishment. It is final and irreversible. Its imposition has been described as arbitrary and its deterrent value has been doubted. Second, at the international level, the abolition of the death penalty has emerged as a major Canadian initiative and reflects a concern increasingly shared by most of the world's democracies. Canada's support of international initiatives opposing extradition without assurances, combined with its international advocacy of the abolition of the death penalty itself, leads to the conclusion that in the Canadian view of fundamental justice, capital punishment is unjust and should be stopped. While the evidence does not establish an international law norm against the death penalty, or against extradition to face the death penalty, it does show significant movement towards acceptance internationally of a principle of fundamental justice Canada has already adopted internally — namely, the abolition of capital punishment. International experience thus confirms the validity of concerns expressed in the Canadian Parliament about capital punishment. It also shows that a rule requiring that assurances be obtained prior to extradition in death penalty cases not only accords with Canada's principled advocacy on the international level, but also is consistent with the practice of other countries with which

tradition sans les assurances prévues : (1) les personnes accusées d'un crime doivent être traduites en justice pour qu'il soit statué sur la véracité des accusations pesant contre elles, la crainte étant que, si des assurances sont demandées et refusées, le gouvernement canadien pourrait voir les intimés éviter tout procès; (2) les intérêts de la justice sont mieux servis par la tenue du procès dans le ressort où le crime aurait été commis et où les effets préjudiciables se seraient fait sentir; (3) les personnes qui décident de quitter le Canada laissent derrière elles le droit canadien et ses procédures et doivent généralement accepter les lois, procédures et peines que l'État étranger où elles se trouvent applique à ses propres citoyens; (4) l'extradition est fondée sur les principes de courtoisie et d'équité envers les autres États qui collaborent afin de traduire en justice les fugitifs, sous réserve du principe que le fugitif doit pouvoir compter sur un procès équitable dans l'État requérant.

Voici les facteurs opposés qui militent en faveur de l'extradition seulement si elle est assortie des assurances prévues. Premièrement, au Canada, la peine de mort a été rejetée en tant qu'aspect acceptable de la justice criminelle. La peine capitale fait intervenir les valeurs qui sont à la base de l'interdiction des peines cruelles et inusitées. La peine capitale a un caractère définitif et irréversible. Son infliction a été qualifiée d'arbitraire et sa valeur dissuasive mise en doute. Deuxièmement, l'abolition de la peine de mort est l'objet d'une importante initiative canadienne à l'échelle internationale et reflète une préoccupation croissante dans la plupart des démocraties. L'appui donné par le Canada aux initiatives internationales contestant les extraditions non assorties des assurances prévues, conjugué au fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même, amène à conclure que, selon la vision canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale est injuste et devrait être abolie. Bien que les éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale. L'expérience à l'échelle internationale confirme donc la validité des inquiétudes exprimées au sein du Parlement canadien au sujet de la peine capitale. Elle montre également que la règle exigeant l'obtention d'assurances préalablement à l'extradition dans les affaires de peine de mort est compatible non seulement avec la position de principe

Canada generally invites comparison, apart from the retentionist jurisdictions in the United States.

Third, almost all jurisdictions treat some personal characteristics of the fugitive as mitigating factors in death penalty cases. Canada's ratification of various international instruments prohibiting the execution of individuals who were under the age of 18 at the time of the commission of the offence, and the language of the new *Extradition Act* which permits the Minister in certain circumstances to refuse to surrender persons who were under 18 at the time of the offence, support the conclusion that some degree of leniency for youth is an accepted value in the administration of justice. Accordingly, even though the respondents were 18 at the time of the crime, their relative youth constitutes a mitigating circumstance in this case, albeit of limited weight.

Fourth, the accelerating concern about potential wrongful convictions is a factor of increased weight since *Kindler* and *Ng* were decided. The avoidance of conviction and punishment of the innocent has long been in the forefront of "the basic tenets of our legal system". The recent and continuing disclosures of wrongful convictions for murder in Canada and the United States provide tragic testimony to the fallibility of the legal system, despite its elaborate safeguards for the protection of the innocent. This history weighs powerfully in the balance against extradition without assurances when fugitives are sought to be tried for murder by a retentionist state, however similar in other respects to our own legal system.

Fifth, the "death row phenomenon" is another factor that weighs against extradition without assurances. The finality of the death penalty, combined with the determination of the criminal justice system to try to satisfy itself that the conviction is not wrongful, inevitably produces lengthy delays, and the associated psychological trauma to death row inhabitants, many of whom may ultimately be shown to be innocent. The "death row phenomenon" is not a controlling factor in the s. 7 balance, but even many of those who regard its horrors

défendue par le Canada sur la scène internationale, mais également avec la pratique observée dans d'autres pays auxquels on compare généralement le Canada, exception faite des États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis.

Troisièmement, pratiquement tous les États considèrent certaines caractéristiques personnelles des fugitifs comme des facteurs atténuants. La ratification par le Canada d'instruments internationaux qui interdisent l'exécution de personnes qui avaient moins de 18 ans à l'époque où l'infraction a été commise et le texte de la nouvelle *Loi sur l'extradition* qui permet au ministre de refuser, dans certaines circonstances, d'extrader des personnes qui avaient moins de 18 ans au moment de l'infraction étayent la conclusion qu'un certain degré de clémence envers les jeunes accusés est une valeur acceptée dans l'administration de la justice. Par conséquent, même si les intimés étaient âgés de 18 ans au moment des infractions, leur relative jeunesse constitue une circonstance atténuante en l'espèce, bien qu'il s'agisse d'un facteur dont le poids est limité.

Quatrièmement, la crainte grandissante à l'égard du risque de déclaration de culpabilité erronée est un facteur de plus en plus important depuis les arrêts *Kindler* et *Ng*. Le désir d'éviter que des innocents soient déclarés coupables et punis est depuis longtemps à l'avant plan des « préceptes fondamentaux de notre système juridique ». La découverte incessante, au cours des dernières années, de déclarations de culpabilité pour meurtre erronées au Canada et aux États-Unis fait tragiquement ressortir la faillibilité du système juridique, et ce malgré les garanties étendues qui existent afin de protéger les innocents. Lorsque l'extradition de fugitifs recherchés pour meurtre est demandée par un État qui applique encore la peine de mort, ces erreurs militent fortement contre l'extradition des intéressés sans les assurances prévues et ce, aussi similaire à notre système juridique que puisse être, à d'autres égards, le système juridique de l'État requérant.

Cinquièmement, le « syndrome du couloir de la mort » est un autre facteur qui milite à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues. Le caractère définitif de la peine de mort, conjugué à la détermination du système de justice criminelle à s'assurer pleinement que la condamnation n'est pas erronée, semble entraîner inévitablement des délais considérables qui, à leur tour, sont sources de traumatismes psychologiques chez les résidents du couloir de la mort, dont bon nombre pourraient en définitive être déclarés innocents. Le « syndrome du couloir de la mort » n'est pas un facteur déterminant dans la pondération fondée sur l'art. 7, mais

as self-inflicted concede that it is a relevant consideration.

Factors for and against extradition without assurances must be balanced under s. 7. The objectives sought to be advanced by extradition without assurances would be as well served by extradition with assurances. There is no convincing argument that exposure of the respondents to death in prison by execution advances Canada's public interest in a way that the alternative, eventual death in prison by natural causes, would not. Other abolitionist countries do not, in general, extradite without assurances.

Extradition of the respondents without assurances cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the government objective of advancing mutual assistance in the fight against crime is entirely legitimate, the Minister has not shown that extraditing the respondents to face the death penalty without assurances is necessary to achieve that objective. There is no suggestion in the evidence that asking for assurances would undermine Canada's international obligations or good relations with neighbouring states. The extradition treaty between Canada and the United States explicitly provides for a request for assurances and Canada would be in full compliance with its international obligations by making it. As well, while international criminal law enforcement including the need to ensure that Canada does not become a "safe haven" for dangerous fugitives is a legitimate objective, there is no evidence that extradition to face life in prison without release or parole provides a lesser deterrent to those seeking a "safe haven" than does the death penalty. Whether fugitives are returned to a foreign country to face the death penalty or to face eventual death in prison from natural causes, they are equally prevented from using Canada as a "safe haven". Elimination of a "safe haven" depends on vigorous law enforcement rather than on infliction of the death penalty by a foreign state after the fugitive has been removed from this country.

A review of the factors for and against unconditional extradition therefore leads to the conclusion that assur-

même bon nombre de ceux qui estiment que les condamnés n'ont qu'eux-mêmes à blâmer pour les horreurs de ce syndrome considèrent qu'il s'agit d'une considération pertinente.

Les facteurs favorables et défavorables à l'extradition sans les assurances prévues doivent être soupesés au regard de l'art. 7. L'extradition assortie des assurances prévues servirait tout aussi bien que l'extradition sans ces assurances les objectifs visés par cette seconde solution. Il n'a été présenté aucun argument établissant de façon convaincante que le fait d'exposer les intimés à la peine de mort par exécution dans une prison favoriserait l'intérêt général du Canada d'une façon que ne favoriserait pas la solution de rechange, soit leur mort éventuelle en prison par suite de causes naturelles. D'autres pays abolitionnistes n'extradent généralement pas les personnes recherchées sans requérir les assurances prévues.

L'extradition des intimés sans les assurances prévues ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif poursuivi par le gouvernement, c'est-à-dire soutenir l'entraide dans la lutte contre le crime, soit tout à fait légitime, la ministre n'a pas établi que l'extradition des intimés sans les assurances prévues vers un pays où ils risquent la peine de mort soit nécessaire pour réaliser cet objectif. Rien dans la preuve ne tend à indiquer que le fait de demander cette garantie nuirait au respect par le Canada de ses obligations internationales ou aux bonnes relations qu'il entretient avec des États voisins. Le traité d'extradition que le Canada et les États-Unis ont conclu pourvoit explicitement à la présentation de telles demandes et le Canada respecterait pleinement ses obligations internationales s'il en présentait une. De même, quoique l'application du droit criminel à l'échelle internationale, y compris la nécessité de veiller à ce que le Canada ne devienne pas un « refuge sûr » pour les fugitifs dangereux, soit un objectif légitime, il n'y a aucune preuve que l'extradition d'une personne vers un pays où elle risque l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle ait un effet dissuasif moins grand que la peine de mort sur les personnes à la recherche d'un « refuge sûr ». Peu importe si le fugitif est renvoyé vers un pays étranger où il risque soit la peine de mort soit la mort en prison de causes naturelles, il ne peut, dans un cas comme dans l'autre, utiliser le Canada comme « refuge sûr ». L'élimination du « refuge sûr » dépend de l'application vigoureuse de la loi plutôt que de l'infliction de la peine de mort une fois que le fugitif a été renvoyé hors du pays.

L'examen des facteurs favorables et défavorables à l'extradition sans condition amène par conséquent à

ances are constitutionally required in all but exceptional cases. This case does not present the exceptional circumstances that must be shown. A balance which tilted in favour of extradition without assurances in *Kindler* and *Ng* now tilts against the constitutionality of such an outcome.

Cases Cited

Explained: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858; **referred to:** *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *Swystun v. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222; *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769; *R. v. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, leave to appeal refused (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n; *Reference re Milgaard (Can.)*, [1992] 1 S.C.R. 866; *R. v. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL); *R. v. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL); *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950); *Elledge v. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998); *Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

conclure que, sauf cas exceptionnels, les assurances prévues sont requises par la Constitution. La présente affaire ne présente aucune des circonstances exceptionnelles dont l'existence doit être démontrée. La balance, qui penchait en faveur de l'extradition sans les assurances prévues dans les arrêts *Kindler* et *Ng*, penche maintenant en faveur de l'inconstitutionnalité d'un tel résultat.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; **arrêts mentionnés :** *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg c. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Whitley c. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Swystun c. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222; *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *S. c. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769; *R. c. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n; *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866; *R. c. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL); *R. c. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL); *Solesbee c. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950); *Elledge c. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 6(1), 7, 11(d), 12, 32(1).
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 37(a).
- Criminal Appeal Act 1995* (U.K.), 1995, c. 35.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
- Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105.
- European Convention on Extradition*, Eur. T.S. No. 24, Art. 11.
- Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, ss. 3, 25 [rep. & sub. 1992, c. 13, s. 5].
- Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 47.
- Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6, 17 bis [ad. Can. T.S. 1991 No. 37, Art. VII].
- International Covenant on Civil and Political Rights with Optional Protocol*, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 6(5).
- Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1991 No. 37, Art. VII.
- Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*, Eur. T.S. No. 114.
- Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*, 29 I.L.M. 1447.
- Rome Statute of the International Criminal Court*, A/CONF.183/9, 17 July, 1998.
- Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, G.A. Res. 44/128 (December 15, 1989).
- Wash. Rev. Code Ann. §§10.95.030 [am. 1993, c. 479 §1], 10.95.040, 10.95.070 [am. *idem*, §2], 10.95.180 [am. 1996, c. 251 §1] (West 1990 & Supp. 1999).

Authors Cited

- Armstrong, Ken, and Steve Mills. "Death Row Justice Derailed: First of a Five-Part Series". *Chicago Tribune*, November 14, 1999.
- Associated Press. "New Hampshire Veto Saves Death Penalty". *The New York Times*, May 20, 2000.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6(1), 7, 11d), 12, 32(1).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.
- Convention européenne d'extradition*, S.T.E. n° 24, art. 11.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 37a).
- Criminal Appeal Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 35.
- Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105.
- Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35.
- Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 3, 25 [abr. & rempl. 1992, ch. 13, art. 5].
- Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 47.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec Protocole facultatif*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 6(5).
- Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort* (1990).
- Protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1991 n° 37, art. VII.
- Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, S.T.E. n° 114.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998.
- Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6, 17 bis [aj. R.T. Can. 1991 n° 37, art. VII].
- Wash. Rev. Code Ann. §§10.95.030 [mod. 1993, ch. 479 §1], 10.95.040, 10.95.070 [mod. *idem*, §2], 10.95.180 [mod. 1996, ch. 251 §1] (West 1990 & Supp. 1999).

Doctrine citée

- Armstrong, Ken, and Steve Mills. « Death Row Justice Derailed: First of a Five-Part Series ». *Chicago Tribune*, 14 novembre 1999.
- Associated Press. « New Hampshire Veto Saves Death Penalty ». *The New York Times*, 20 mai 2000.

- Bienen, Leigh B. "The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study" (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193.
- Chicago Tribune*. "Fixing the Death Penalty", December 29, 2000, p. N22.
- Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Resolution 1044 (1994) on the Abolition of Capital Punishment*, October 4, 1994.
- Council of Europe. *The Death Penalty: Abolition in Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1999.
- "Dead Man Walking Out", *The Economist*, June 10-16, 2000, p. 21.
- European Parliament. Resolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 and 0542/97 (1997).
- Haines, Herbert H. *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Kifner, John. "A State Votes to End Its Death Penalty: New Hampshire Legislature Acts, but Governor Pledges to Veto Bill". *The New York Times*, May 19, 2000, p. 16.
- Lacey, Marc, and Raymond Bonner. "Reno Troubled by Death Penalty Statistics". *The New York Times*, September 12, 2000, p. 17.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan and Valerie West. *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, June 12, 2000.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan, Valerie West and Jonathan Lloyd. "Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Digest of Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
- Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report*, vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
- Schabas, William A. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Scheck, Barry, Peter Neufeld and Jim Dwyer. *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted*. New York: Random House, 2000.
- United Kingdom. Royal Commission on Criminal Justice. *Report*. London: HMSO, 1993.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty*, U.N. Doc. HR/CN/788, April 7, 1997.
- Bienen, Leigh B. « The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study » (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193.
- Chicago Tribune*. « Fixing the Death Penalty », 29 décembre 2000, p. N22.
- Conseil de l'Europe. Assemblée parlementaire. *Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine de mort*, 4 octobre 1994.
- Conseil d'Europe. *The Death Penalty: Abolition in Europe*. Strasbourg : Council of Europe Publishing, 1999.
- « Dead Man Walking Out », *The Economist*, 10-16 juin 2000, p. 21.
- Haines, Herbert H. *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994*. New York : Oxford University Press, 1996.
- Kifner, John. « A State Votes to End Its Death Penalty: New Hampshire Legislature Acts, but Governor Pledges to Veto Bill ». *The New York Times*, 19 mai 2000, p. 16.
- Lacey, Marc, and Raymond Bonner. « Reno Troubled by Death Penalty Statistics ». *The New York Times*, 12 septembre 2000, p. 17.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan and Valerie West. *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, 12 juin 2000.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan, Valerie West and Jonathan Lloyd. « Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995 » (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Note du Secrétaire général*, N.U. Doc. A/51/457, 7 octobre 1996.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Report of the Human Rights Committee*, N.U. Doc. A/46/40, 10 octobre 1991.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Traité type d'extradition*, N.U. Doc. A/RES/45/116, 14 décembre 1990, art. 3, 4.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty*, N.U. Doc. HR/CN/788, 7 avril 1997.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1997/12, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, 3 avril 1997.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1998/8, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, 3 avril 1998.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1999/61, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, 28 avril 1999.

- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1997/12, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, April 3, 1997.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1998/8, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, April 3, 1998.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1999/61, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, April 28, 1999.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 2000/65, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, April 27, 2000.
- United Nations. Economic and Social Council. *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/1997/60, December 24, 1996.
- United Nations. Economic and Social Council. *Question of the Death Penalty: Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission Resolution 1997/12*, U.N. Doc. E/CN.4/1998/82, January 16, 1998.
- United Nations. General Assembly. *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/51/457, October 7, 1996.
- United Nations. General Assembly. *Model Treaty on Extradition*, U.N. Doc. A/RES/45/116, December 14, 1990, Arts. 3, 4.
- United Nations. General Assembly. *Report of the Human Rights Committee*, U.N. Doc. A/46/40, October 10, 1991.
- United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/827, May 25, 1993.
- United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/955, November 8, 1994.
- Washington State. *Status Report on the Death Penalty*. By Chief Justice Richard P. Guy, March 2000.
- Washington State Bar Association. Board of Governors. *Resolution to Study Death Penalty Process*, August 4, 2000.
- White, Welsh S. "Capital Punishment's Future" (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 2000/65, N.U. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, 27 avril 2000.
- Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/827, 25 mai 1993.
- Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/955, 8 novembre 1994.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Rapport du Rapporteur spécial*, N.U. Doc. E/CN.4/1997/60, 24 décembre 1996.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *Question de la peine de mort : Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution 1997/12 de la Commission*, N.U. Doc. E/CN.4/1998/82, 16 janvier 1998.
- Nouvelle-Écosse. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Digest of Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.
- Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport*, t. 2. Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.
- Parlement européen. Résolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 et 0542/97 (1997).
- Royaume Uni. Royal Commission on Criminal Justice. *Report*. London : HMSO, 1993.
- Schabas, William A. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1997.
- Scheck, Barry, Peter Neufeld and Jim Dwyer. *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted*. New York : Random House, 2000.
- Washington State. *Status Report on the Death Penalty*. By Chief Justice Richard P. Guy, mars 2000.
- Washington State Bar Association. Board of Governors. *Resolution to Study Death Penalty Process*, 4 août 2000.
- White, Welsh S. « Capital Punishment's Future » (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 94 B.C.A.C. 59, 152 W.A.C. 59, 116 C.C.C. (3d) 524, 8 C.R. (5th) 393, 45 C.R.R. (2d) 30, [1997] B.C.J. No. 1558 (QL), finding that the unconditional extradition order was unconstitutional. Appeal dismissed.

S. David Frankel, Q.C., and Deborah J. Strachan, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 94 B.C.A.C. 59, 152 W.A.C. 59, 116 C.C.C. (3d) 524, 8 C.R. (5th) 393, 45 C.R.R. (2d) 30, [1997] B.C.J. No. 1558 (QL), qui a conclu à l'inconstitutionnalité de l'arrêté d'extradition inconditionnel. Pourvoi rejeté.

S. David Frankel, c.r., et Deborah J. Strachan, pour l'appelant.

Edward L. Greenspan, Q.C., and Alison Wheeler, for the respondent Burns.

Marlys A. Edwardh, Clayton Ruby, Jill Copeland and A. Breese Davies, for the respondent Rafay.

David Matas and Mark Hecht, for the intervener Amnesty International.

Written submissions by *Martin W. Mason*, for the intervener the International Centre for Criminal Law & Human Rights.

Michael Lomer and James Lockyer, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Richard C. C. Peck, Q.C., and Nikos Harris, for the intervener the Washington Association of Criminal Defence Lawyers.

Written submissions by *Lorne Waldman*, for the intervener the Senate of the Republic of Italy.

The following is the judgment delivered by

1

THE COURT — Legal systems have to live with the possibility of error. The unique feature of capital punishment is that it puts beyond recall the possibility of correction. In recent years, aided by the advances in the forensic sciences, including DNA testing, the courts and governments in this country and elsewhere have come to acknowledge a number of instances of wrongful convictions for murder despite all of the careful safeguards put in place for the protection of the innocent. The instances in Canada are few, but if capital punishment had been carried out, the result could have been the killing by the government of innocent individuals. The names of Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow and Parsons signal prudence and caution in a murder case. Other countries have also experienced revelations of wrongful convictions, including states of the United States where the death penalty is still imposed and carried into execution.

Edward L. Greenspan, c.r., et Alison Wheeler, pour l'intimé Burns.

Marlys A. Edwardh, Clayton Ruby, Jill Copeland et A. Breese Davies, pour l'intimé Rafay.

David Matas et Mark Hecht, pour l'intervenante Amnistie Internationale.

Argumentation écrite seulement par *Martin W. Mason*, pour l'intervenant International Centre for Criminal Law & Human Rights.

Michael Lomer et James Lockyer, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Richard C. C. Peck, c.r., et Nikos Harris, pour l'intervenante Washington Association of Criminal Defence Lawyers.

Argumentation écrite seulement par *Lorne Waldman*, pour l'intervenant le Sénat de la République italienne.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs. La caractéristique particulière de la peine capitale est que, s'il y a erreur, celle-ci ne peut être corrigée. Au cours des dernières années, grâce en partie aux progrès réalisés en médecine légale, notamment dans le domaine des analyses génétiques, les tribunaux et les gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, ont dans un certain nombre de cas reconnu que des personnes avaient été déclarées à tort coupables de meurtre, malgré toutes les garanties rigoureuses qui ont été mises en place pour protéger les innocents. De tels cas sont rares au Canada, mais si la peine de mort avait existé, des personnes innocentes auraient pu être mises à mort par l'État. Les noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre. Des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour à l'étranger, y compris dans des États des États-Unis où la peine de mort est encore prononcée et appliquée.

The possibility of a miscarriage of justice is but one of many factors in the balancing process which governs the decision by the Minister of Justice to extradite two Canadian citizens, Glen Sebastian Burns and Atif Ahmad Rafay, to the United States. A competing principle of fundamental justice is that Canadians who are accused of crimes in the United States can ordinarily expect to be dealt with under the law which the citizens of that jurisdiction have collectively determined to apply to offences committed within their territory, including the set punishment.

Awareness of the potential for miscarriages of justice, together with broader public concerns about the taking of life by the state, as well as doubts about the effectiveness of the death penalty as a deterrent to murder in comparison with life in prison without parole for 25 years, led Canada to abolish the death penalty for all but a handful of military offences in 1976, and subsequently to abolish the death penalty for all offences in 1998.

The abolitionist view is shared by some, but not a majority, of the United States. Michigan, Rhode Island and Wisconsin in fact abolished the death penalty for murder in the 1840s and 1850s, years before the first European state, Portugal, did so, and over a century before Canada did. At present, 12 states are abolitionist while 38 states retain the death penalty. The State of Washington, in which the respondents are wanted for trial on charges of aggravated first degree murder, is a retentionist state.

The extradition of the respondents is sought pursuant to the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (the “treaty” or the “extradition treaty”) which permits the requested state (in this case Canada) to refuse extradition of fugitives unless provided with assurances that if extradited and convicted they will not suffer the death penalty. The Minister declined to seek such assurances

Le risque d’erreur judiciaire n’est qu’un des nombreux facteurs du processus de pondération qui régit la décision du ministre de la Justice d’extrader deux citoyens canadiens, Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad Rafay, aux États-Unis. En vertu d’un principe opposé de justice fondamentale, les Canadiens accusés d’avoir commis un crime aux États-Unis peuvent habituellement s’attendre à être assujettis au droit que les citoyens de ce pays ont collectivement décidé d’appliquer aux infractions commises sur leur territoire, y compris les peines fixées à cet égard.

La sensibilisation au risque d’erreur judiciaire, conjuguée à la réticence plus grande du public envers l’idée que l’État enlève la vie à une personne et aux doutes qui existent quant à l’efficacité de peine de mort — par opposition à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — comme moyen de dissuader la perpétration de meurtres ont amené le Canada, en 1976, à abolir la peine de mort à l’égard de toutes les infractions, hormis quelques infractions militaires, puis, en 1998, à abolir complètement cette peine.

Le point de vue abolitionniste est partagé par certains États américains, mais non la majorité de ceux-ci. De fait, le Michigan, le Rhode Island et le Wisconsin ont aboli la peine de mort pour meurtre dans les années 1840 et 1850, des années avant le Portugal, premier État européen à le faire, et plus d’un siècle avant le Canada. À l’heure actuelle, les États-Unis comptent 12 États abolitionnistes, alors que 38 États appliquent toujours la peine capitale. L’État de Washington, où les intimés sont recherchés pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, est un État où la peine de mort est encore appliquée.

L’extradition des intimés est demandée en application du *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (le « traité » ou le « traité d’extradition »), qui permet à l’État requis (en l’occurrence le Canada) de refuser l’extradition des fugitifs à moins que l’État requérant ne garantisse que la peine de mort ne leur sera pas infligée s’ils sont extradés et déclarés coupables. Le ministre a refusé de solliciter de

2

3

4

5

because of his policy that assurances should only be sought in exceptional circumstances, which he decided did not exist in this case.

6 The respondents contend that Canada's principled abolition of the death penalty at home, and its spirited advocacy of abolition internationally, confirm Canadian acceptance of abolition as a fundamental principle of our criminal justice system. This principle, they say, combined with the respondents' Canadian citizenship and the fact that they were 18 years old at the time of the alleged offences, constitutionally prohibits the Minister from extraditing them to a foreign jurisdiction without assurances that they will not face a penalty which Canada, as a society, does not permit within its own borders.

7 The Minister contends, on the other hand, that persons who are found to commit crimes in foreign countries forfeit the benefit of Canada's abolitionist policy. The Constitution does not require Canada, on this view, to project its internal values onto the world stage, and to insist as a condition of extradition that a requesting state view capital punishment in the same light as our domestic legal system does.

8 We agree that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not lay down a constitutional prohibition in all cases against extradition unless assurances are given that the death penalty will not be imposed. The Minister is required (as he did here) to balance on a case-by-case basis those factors that favour extradition with assurances against competing factors that favour extradition without assurances. We hold, however, for the reasons which follow, that such assurances are constitutionally required in all but exceptional cases. We further hold that this case does not present the exceptional circumstances that must be shown before the Minister could constitutionally extradite without assurances. By insisting on assurances, Canada would not be acting in disregard of international extradition obligations undertaken by the Canadian government, but rather exercising a treaty right explicitly agreed to by the United

telles assurances conformément à sa politique de n'en demander que dans des circonstances exceptionnelles, circonstances qui, a-t-il estimé, n'existaient pas en l'espèce.

Selon les intimés, le fait que le Canada ait par principe aboli la peine de mort et préconise énergiquement son abolition à l'échelle internationale indique que notre pays considère l'abolition de cette peine comme un principe fondamental de notre système de justice criminelle. Ils soutiennent que ce principe, conjugué au fait qu'ils sont citoyens canadiens et qu'ils avaient 18 ans au moment des infractions reprochées, a pour effet d'empêcher le ministre, du point de vue constitutionnel, de les extraditer sans les assurances relatives à la peine de mort vers un État étranger où ils sont passibles de cette peine, que le Canada, en tant que société, n'autorise pas sur son territoire.

Pour sa part, le ministre affirme que les personnes qui commettent des crimes à l'étranger renoncent au bénéfice de la politique abolitionniste du Canada. Suivant cet argument, la Constitution n'oblige pas le Canada à chercher à imposer ses valeurs sur la scène internationale et à insister, comme préalable à l'extradition, pour que l'État requérant considère la peine capitale de la même façon que le système juridique canadien.

Nous reconnaissons que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'érige pas une interdiction constitutionnelle empêchant dans tous les cas le ministre d'extrader la personne visée à moins d'avoir obtenu la garantie que la peine de mort ne lui sera pas infligée. Par contre, le ministre doit dans chaque cas (comme il l'a fait en l'espèce) soulever les facteurs militant en faveur de l'extradition assortie des assurances prévues et ceux militant en faveur de l'extradition sans ces assurances. Cependant, pour les motifs qui suivent, nous estimons que, sauf cas exceptionnels, de telles assurances sont requises par la Constitution. Nous estimons en outre que la présente affaire ne présente aucune des circonstances exceptionnelles que le ministre doit établir avant de pouvoir extraditer constitutionnellement les intéressés sans avoir obtenu les assurances prévues. En exigeant des assurances, le Canada ne violerait pas les obliga-

States. We thus agree with the result, though not the reasons, reached by a majority of the judges of the British Columbia Court of Appeal in this case. The Minister's appeal must therefore be dismissed.

I. Facts

The crimes alleged against the respondents were, as the Minister contends, "brutal and shocking cold blooded murder[s]". The father, mother and sister of the respondent Rafay were found bludgeoned to death in their home in Bellevue, Washington, in July 1994. Both Burns and Rafay, who had been friends at high school in British Columbia, admit that they were at the Rafay home on the night of the murders. They claim to have gone out on the evening of July 12, 1994 and when they returned, they say, they found the bodies of the three murdered Rafay family members. The house, they say, appeared to have been burgled.

However, if the confessions allegedly made by the respondents to undercover RCMP officers are to be believed, the three members of the Rafay family were bludgeoned to death by the respondent Burns while the respondent Rafay watched. Burns allegedly told an undercover RCMP officer that he had killed the three victims with a baseball bat while wearing only underwear so as not to get blood on his clothes. Rafay's father, Tariq Rafay, and mother, Sultana Rafay, were beaten to death in their bedroom. The force used was so violent that blood was spattered on all four walls and the ceiling of the room. The respondent Rafay's sister, Basma Rafay, was beaten about the head and left for dead in the lower level of the house. She later died in hospital. Burns allegedly explained that following the attacks, he had a shower at the Rafay home to clean off the victims' blood. The discovery of hairs with Caucasian characteristics in the shower near the master bedroom, where the two parents were killed, supports this story. There is

tions internationales prises par le gouvernement canadien en matière d'extradition, mais il exercerait plutôt un droit issu de traité dont ont explicitement convenu les États-Unis. Nous souscrivons donc au résultat auquel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité est arrivée en l'espèce, mais non aux motifs qu'elle a exposés. Le pourvoi formé par le ministre doit par conséquent être rejeté.

I. Les faits

Les crimes reprochés aux intimés sont, comme l'affirme le ministre, des [TRADUCTION] « meurtre[s] bruta[ux] et choquant[s], commis de sang-froid ». Le père, la mère et la soeur de l'intimé Rafay ont été trouvés battus à mort dans leur domicile de Bellevue, dans l'État de Washington, en juillet 1994. Burns et Rafay, qui s'étaient liés d'amitié lorsqu'ils fréquentaient l'école secondaire en Colombie-Britannique, admettent qu'ils se trouvaient au domicile de Rafay le soir des meurtres. Ils disent être sortis le soir du 12 juillet 1994 et que, à leur retour, ils ont trouvé les corps des trois membres de la famille Rafay qui ont été assassinés. La maison, disent-ils, semblait avoir été cambriolée.

Toutefois, s'il faut en croire les confessions qu'auraient faites les intimés à des agents d'infiltration de la GRC, les trois membres de la famille Rafay ont été battus à mort par l'intimé Burns pendant que l'intimé Rafay le regardait faire. Burns aurait dit à un agent que, portant uniquement des sous-vêtements afin d'éviter de tacher ses vêtements de sang, il avait tué les trois victimes avec un bâton de baseball. Le père de Rafay, Tariq Rafay, et sa mère, Sultana Rafay, ont été battus à mort dans leur chambre à coucher. Les victimes ont été frappées avec une telle violence que le plafond et les quatre murs de la chambre étaient maculés de sang. La soeur de l'intimé Rafay, Basma Rafay, a été frappée à la tête et laissée pour morte à l'étage inférieur de la maison. Elle est décédée subséquemment à l'hôpital. Burns aurait affirmé que, après ces agressions, il a pris une douche au domicile des Rafay pour se nettoyer du sang des victimes. La découverte de cheveux ayant des caractéristiques caucasiennes dans la douche

9

10

also evidence of dilute blood covering large sections of the shower stall. The respondents allegedly told the police that they drove around the municipality disposing of various items used in the killings as well as some of the parents' electronic devices, apparently to feign a burglary. The respondent Rafay is also alleged to have told the officer the killings were "a necessary sacrifice in order that he could get what he wanted in life". With the death of all other members of his family, Rafay stood to inherit his parents' assets and the proceeds of their life insurance. Burns, it is alleged, participated in exchange for a share in the proceeds under an agreement with Rafay. He was, the prosecution alleges, a contract killer.

située près de la chambre des parents, où ceux-ci ont été tués, appuie cette version des faits. Il y avait aussi des traces de sang dilué sur de larges sections de la cabine de la douche. Les intimés auraient dit aux policiers avoir roulé en voiture dans les environs de la municipalité afin de disposer de divers articles qui auraient été utilisés pour les assassinats ainsi que de certains appareils électroniques appartenant aux parents, apparemment pour simuler un cambriolage. L'intimé Rafay aurait également raconté à l'agent que les meurtres étaient [TRADUCTION] « un sacrifice nécessaire afin qu'il puisse obtenir ce qu'il voulait dans la vie ». En cas de décès de tous les autres membres de sa famille, Rafay est censé hériter des biens de ses parents et du produit de leur police d'assurance vie. Burns, allègue-t-on, aurait convenu avec Rafay de participer à l'affaire en échange d'une part de ce qu'elle rapporterait. Il était, prétend la poursuite, un tueur à gage.

11 The Bellevue police suspected both of the respondents but did not have enough evidence to charge them. When the respondents returned to Canada, the Bellevue police sought the cooperation of the RCMP in their investigation of the murders. The RCMP initiated an elaborate and in the end, they say, productive undercover operation. An RCMP officer posed as a crime boss and subsequently testified that, after gaining the confidence of the respondents, he repeatedly challenged them to put to rest his professed scepticism about their stomach for serious violence. The respondents are alleged to have tried to reassure him by bragging about their respective roles in the Bellevue murders.

La police de Bellevue soupçonnait les deux intimés, mais elle n'avait pas suffisamment de preuves pour porter des accusations contre eux. Lorsque les intimés sont retournés au Canada, la police de Bellevue a demandé à la GRC de collaborer à leur enquête sur les meurtres. La GRC a mis en branle une opération d'infiltration soigneusement préparée qui, selon la GRC, s'est révélée fructueuse en bout de ligne. Un agent de la GRC qui s'était fait passer pour le patron d'une organisation criminelle a subséquemment témoigné que, après avoir gagné la confiance des intimés, il les a à maintes reprises mis au défi de dissiper le scepticisme qu'il disait avoir quant à leur courage pour les actes vraiment violents. Les intimés auraient tenté de le rassurer en se vantant à propos de leur rôle respectif dans les meurtres de Bellevue.

12 The respondents assert their innocence. They claim that in making their alleged confessions to the police they were play-acting as much as the undercover policeman to whom they confessed. At this stage of the criminal process in Washington, they are entitled to the presumption of innocence. What to make of it all will be up to a jury in the State of Washington.

Les intimés maintiennent leur innocence. Ils affirment que, lorsqu'ils auraient fait leurs confessions à la police, ils jouaient la comédie au même titre que l'agent d'infiltration auquel ils ont avoué leurs crimes. À ce stade du processus criminel dans l'État de Washington, ils ont droit à la présomption d'innocence. Il reviendra à un jury dans cet État de départager tout cela.

The respondents were arrested in British Columbia and a committal order was issued for their extradition pending the decision of the Minister of Justice on surrender. The then Minister, Allan Rock, signed an unconditional Order for Surrender to have both of the respondents extradited to the State of Washington to stand trial without assurances in respect of the death penalty. If found guilty, the respondents will face either life in prison without the possibility of parole or the death penalty. Washington State provides for execution by lethal injection unless the condemned individual elects execution by hanging (Revised Code of Washington §10.95.180(1)).

II. The Minister's Decision

An extradition matter does not reach the Minister until an extradition judge has determined that the offence falls within the scope of the treaty and there is a *prima facie* case that the fugitive has committed the crime with which he or she has been charged in the foreign jurisdiction (*Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 553). At that stage, the Minister, after hearing representations, makes a decision under s. 25(1) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, whether or not to surrender the fugitive, and if so on what terms.

Here, the Minister proceeded on the assumption that the death penalty would be sought by the prosecutors in the State of Washington.

The respondents submitted to the Minister that s. 6(1) of the *Charter* grants them the right to stay in Canada and that as a result, he was required to consider whether the respondents could be prosecuted in Canada rather than extradited, as permitted by Article 17 *bis* of the extradition treaty and as contemplated as a possible option by this Court in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. Although there was some evidence that the murders were planned in Canada, no killings occurred here. Canadian prosecutors concluded that Canada could only prosecute the

Les intimés ont été arrêtés en Colombie-Britannique et une ordonnance d'incarcération en vue de leur extradition a été rendue dans l'attente de la décision du ministre de la Justice au sujet de leur remise. Le ministre de l'époque, Allan Rock, a signé un arrêté d'extradition inconditionnel permettant que les deux intimés soient extradés vers l'État de Washington afin d'y subir leur procès sans que des assurances aient été reçues relativement à la peine de mort. S'ils sont déclarés coupables, les intimés sont passibles soit de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle soit de la peine de mort. Dans l'État de Washington, le condamné est exécuté au moyen d'une injection mortelle, sauf s'il choisit la pendaison (Revised Code of Washington §10.95.180(1)).

II. La décision du ministre

Une affaire d'extradition n'est soumise au ministre que lorsque le juge d'extradition estime que l'infraction relève du champ d'application du traité et que la preuve établit, à première vue, que le fugitif a commis le crime dont il est accusé dans l'État étranger (*Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 553). À cette étape, après avoir entendu les observations des parties, le ministre décide, en vertu du par. 25(1) de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, si le fugitif doit être livré ou non à l'État requérant et, si oui, à quelles conditions.

En l'espèce, le ministre a agi en supposant que, dans l'État de Washington, la poursuite demanderait la peine de mort.

Les intimés ont affirmé au ministre que le par. 6(1) de la *Charte* leur donne le droit de demeurer au Canada et que, en conséquence, il était tenu de se demander si les intimés pouvaient être poursuivis au Canada plutôt qu'extradés, possibilité que permet l'article 17 *bis* du traité d'extradition et qui a été envisagée comme une solution possible par notre Cour dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Malgré l'existence d'éléments de preuve indiquant que les meurtres avaient été planifiés au Canada, aucun assassinat n'a été commis ici. Les responsables des

13

14

15

16

respondents for conspiracy to commit murder. The decision to lay charges in Canada was within the exclusive jurisdiction of the Attorney General of British Columbia, who had decided, prior to this matter going to the federal Minister, that there was insufficient evidence to support a conspiracy charge.

17 The respondents also submitted to the Minister that he was required by ss. 6(1), 7 and 12 of the *Charter* to seek assurances that the death penalty would not be imposed. They argued that their unconditional extradition to face the death penalty would “shock the Canadian conscience” because of their age (18 years at the time of the offence) and their nationality (Canadian). The respondents sought to distinguish *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, primarily on the basis that, unlike the fugitives in those cases, the respondents have the benefit of s. 6(1) of the *Charter* by virtue of being Canadian citizens. They were not foreigners seeking to use Canada as a “safe haven”. Canada instead is their country of origin and the Canadian government does not, according to the respondents, have the right to expel them when they face the risk of never returning. This, they maintained, would amount to exile and banishment contrary to s. 6(1) of the *Charter: Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, and *Cotroni, supra*.

18 The Minister stated that assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warrant a special exercise of discretion and that assurances should not be sought routinely pursuant to Article 6 of the treaty in every case in which the death penalty is applicable. The Minister found that the factors outlined in *Kindler* did not mandate that assurances be sought here. The age of the respondents, although “youthful”, qualified them as adults in the Canadian criminal system. The Minister thought Canadian citi-

poursuites au Canada ont estimé que les autorités canadiennes ne pourraient poursuivre les intimés que pour complot en vue de commettre un meurtre. La décision de porter des accusations relevait de la compétence exclusive du procureur général de la Colombie-Britannique, qui avait décidé, avant que la présente affaire ne soit soumise au ministre fédéral, que la preuve était insuffisante pour étayer une accusation de complot.

Les intimés ont également fait valoir au ministre qu’il était tenu par le par. 6(1) et les art. 7 et 12 de la *Charte* de demander des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée. Ils ont prétendu que leur extradition inconditionnelle vers un pays où ils risquent la peine de mort « choquerait la conscience des Canadiens » en raison de leur âge (18 ans au moment de l’infraction) et de leur nationalité (canadienne). Les intimés ont tenté de distinguer la présente affaire des arrêts *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et *Renvoi relatif à l’extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, en s’appuyant principalement sur le fondement que, contrairement aux fugitifs dans ces affaires, ils bénéficiaient des droits garantis au par. 6(1) de la *Charte* du fait qu’ils sont des citoyens canadiens. Ils n’étaient pas des étrangers cherchant à utiliser le Canada comme « refuge sûr ». Le Canada est plutôt leur pays d’origine et, de prétendre les intimés, le gouvernement canadien n’a pas le droit de les expulser lorsqu’ils courent le risque de ne jamais revenir. Agir ainsi, ont plaidé les intimés, reviendrait à prononcer leur exil et leur bannissement, en violation du par. 6(1) de la *Charte : Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, et *Cotroni*, précité.

Le ministre a affirmé que des assurances ne doivent être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l’affaire justifient l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire et qu’elles ne doivent pas être demandées de façon routinière en vertu de l’article 6 du traité chaque fois que la peine de mort est applicable. Le ministre a estimé que les facteurs énoncés dans l’arrêt *Kindler* ne commandaient pas que l’on demande des assurances en l’espèce. Malgré leur « jeunesse », les intimés sont, du fait de leur âge, considérés comme des

zenship was not itself a “special circumstance” to allow the respondents to escape from the full weight of the sentencing process in the United States where the murders were committed.

The Minister also rejected the respondents’ claim that extradition without assurances would constitute exile and banishment. Extradition to face the death penalty does not amount to banishment since the underlying purpose of extradition is simply to face criminal prosecution. The Minister felt that Canada should not permit itself to become a safe haven for persons seeking to escape justice, even Canadians. Furthermore, there would be no exile because the respondents, once the criminal matters had been dealt with fully, would not be prevented by the Canadian government from returning to this country. In the end, Canadian nationality was simply one of several factors that the Minister considered, but it was not determinative. As stated, the Minister signed the extradition order without seeking or obtaining assurances.

III. British Columbia Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal set aside the Minister’s decision and directed the Minister to seek the assurances described in Article 6 of the extradition treaty as a condition of surrender (Hollinrake J.A. dissenting): (1997), 94 B.C.A.C. 59. Donald J.A., with whom McEachern C.J.B.C. concurred, noted that if the respondents are put to death in the State of Washington, they will no longer be able to exercise a right of return under s. 6(1) of the *Charter*. He rejected the submissions of counsel for the Minister that the death penalty is not a part of the extradition process, which does no more than commit to trial. The causal connection between surrender and deprivation of the s. 6(1)

adultes dans le système criminel canadien. Le ministre a estimé que la citoyenneté canadienne ne constituait pas en soi une « circonstance spéciale » permettant aux intimés d’échapper à toutes les conséquences du processus de détermination de la peine aux États-Unis, là où les meurtres ont été commis.

Le ministre a également rejeté la prétention des intimés que le fait de les extraditer sans les assurances prévues correspondrait à l’exil et au bannissement. L’extradition d’une personne vers un pays où elle risque la peine de mort n’équivaut pas au bannissement, puisque l’objectif fondamental de l’extradition est simplement de faire en sorte que cette personne fasse l’objet de poursuites criminelles. Le ministre a estimé que le Canada ne devrait pas tolérer que son territoire devienne un refuge sûr pour les personnes, même les Canadiens, qui cherchent à échapper à la justice. En outre, il n’y aurait pas d’exil puisque, une fois les poursuites criminelles terminées complètement, le gouvernement canadien n’empêcherait pas les intimés de revenir au Canada. En définitive, la nationalité canadienne a tout simplement constitué l’un des divers facteurs qui ont été pris en compte par le ministre, mais il n’a pas été déterminant. Comme il a été indiqué plus tôt, le ministre a signé l’arrêté d’extradition sans demander ni obtenir d’assurances.

III. Cour d’appel de la Colombie-Britannique

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du ministre et a ordonné à celui-ci de demander les assurances prévues à l’article 6 du traité d’extradition à titre de condition de remise (le juge Hollinrake étant dissident) : (1997), 94 B.C.A.C. 59. Le juge Donald, aux motifs duquel a souscrit le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, a souligné que, si les intimés étaient mis à mort dans l’État de Washington, ils ne seraient plus en mesure d’exercer le droit de revenir au Canada en vertu du par. 6(1) de la *Charte*. Il a rejeté les arguments de l’avocat du ministre que la peine de mort n’est pas un facteur dans le processus d’extradition, lequel ne fait rien de plus que permettre le renvoi à procès. Le lien de causalité entre la remise de la per-

19

20

right was to him “obvious and incontestable”, stating at para. 30:

The *Kindler* analysis is inapplicable to Canadian citizens facing the death penalty because the government, in the person of the Minister, has an obligation not to force citizens out of the country with the jeopardy of never returning. This is a different and higher duty than that pertaining to aliens.

21 Donald J.A. rejected the notion that life in prison without the possibility of parole, the only alternative to the death penalty in the State of Washington, would also violate s. 6(1) of the *Charter* since “where there is life there is hope” (para. 27). He distinguished *Kindler* on the basis that Canadian citizens are perfectly entitled to view Canada as a safe haven. “One’s country”, he said, “is properly to be considered a haven, and access to its constitutional protections is a feature of citizenship” (para. 54).

22 With regard to ss. 7 and 12 of the *Charter*, Donald J.A. felt bound by this Court’s decisions in *Kindler* and *Ng* and determined that these sections were of no assistance to the respondents since they apply, if at all, to Canadian citizens and non-citizens alike.

23 Donald J.A. went on to find that, not only was s. 6(1) of the *Charter* breached by the unconditional surrender, but as a matter of administrative law the Minister failed to exercise his discretion properly when he refused to seek assurances under Article 6 of the treaty. Instead of stating that assurances would only be sought in “special” cases, the Minister was required to determine in each case what is appropriate having regard to the circumstances “without being fettered by rules designed to deal with an imagined case load” (para. 43). Applying this latter test, Donald J.A. found that the Minister should have placed more weight on the

sonne visée et la privation du droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte* était pour lui [TRADUCTION] « évident et incontestable », et il a dit ceci, au par. 30 :

[TRADUCTION] L’analyse établie dans *Kindler* est inapplicable dans le cas des citoyens canadiens passibles de la peine de mort car le gouvernement, représenté par le ministre, a l’obligation de ne pas contraindre des citoyens à quitter le pays lorsqu’ils risquent de ne jamais y revenir. Il s’agit d’une obligation plus grande et différente de celle qui incombe envers les étrangers.

Le juge Donald de la Cour d’appel a rejeté l’idée que l’emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, qui est la seule solution de rechange à la peine de mort dans l’État de Washington, viole aussi le par. 6(1) de la *Charte*, affirmant que, [TRADUCTION] « tant qu’il y a de la vie il y a de l’espoir » (par. 27). Le juge Donald a distingué le présent cas de l’arrêt *Kindler* sur le fondement que les citoyens canadiens ont parfaitement le droit de considérer le Canada comme un refuge sûr. D’affirmer le juge Donald, [TRADUCTION] « [u]ne personne est justifiée de considérer son pays comme un refuge, et la possibilité d’invoquer les garanties prévues par la Constitution est une caractéristique de la citoyenneté » (par. 54).

Relativement aux art. 7 et 12 de la *Charte*, le juge Donald a estimé être lié par les arrêts *Kindler* et *Ng* de notre Cour et il a considéré que ces articles n’étaient d’aucun secours aux intimés puisque, pour autant qu’ils s’appliquent, ils s’appliquent tant aux citoyens canadiens qu’aux non-citoyens.

Le juge Donald a ensuite conclu que non seulement le par. 6(1) de la *Charte* était violé par la remise inconditionnelle, mais également que, du point de vue du droit administratif, le ministre n’avait pas exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il avait refusé de demander les assurances prévues à l’article 6 du traité. Au lieu d’affirmer que des assurances ne sont demandées que dans des cas « spéciaux », le ministre est tenu de déterminer quelle est la décision appropriée dans chaque cas eu égard aux circonstances, [TRADUCTION] « sans s’encombrer de règles visant à faire face à une charge de travail hypothétique »

young age and Canadian nationality of the respondents and sought assurances before signing the extradition order.

Hollinrake J.A., dissenting, would not have interfered with the Minister's decision. He found that *Kindler* and *Ng* were controlling, even where the fugitives are Canadian citizens. It would be the State of Washington, not the Minister, that would deny the respondents their s. 6 *Charter* rights if they were, in the end, to be executed.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

. . . .

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.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

(par. 43). Appliquant ce dernier critère, le juge Donald a estimé que le ministre aurait dû accorder plus d'importance au jeune âge des intimés et à leur nationalité canadienne, et qu'il aurait dû demander des assurances avant de signer l'arrêté d'extradition.

Pour sa part, le juge dissident Hollinrake n'aurait pas modifié la décision du ministre. Il a jugé que les arrêts *Kindler* et *Ng* étaient déterminants, même lorsque les fugitifs sont des citoyens canadiens. C'est l'État de Washington, et non le ministre, qui priverait les intimés des droits que leur garantit l'art. 6 de la *Charte* si, en bout de ligne, ils devaient être exécutés.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

. . . .

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.

32. (1) La présente Charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

24

25

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23 (as am. by S.C. 1992, c. 13)

25. (1) Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of a foreign state, may, within a period of ninety days after the date of a fugitive's committal for surrender, under the hand and seal of the Minister, order the fugitive to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

V. Relevant Provisions from International Documents

26 *Extradition Treaty between Canada and the United States of America* (amended by an Exchange of Notes), Can. T.S. 1976 No. 3, in force March 22, 1976

Article 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1991 No. 37 (in force November 26, 1991), Article VII

Article 17 bis

If both contracting Parties have jurisdiction to prosecute the person for the offense for which extradition is sought, the executive authority of the requested State, after consulting with the executive authority of the requesting State, shall decide whether to extradite the person or to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. In making its decision,

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23 (mod. par L.C. 1992, ch. 13)

25. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande d'un État étranger, le ministre de la Justice, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'ordonnance d'incarcération du fugitif, peut, par arrêté, ordonner que celui-ci soit livré à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

V. Les dispositions pertinentes des documents internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique (modifié par un échange de notes), R.T. Can. 1976 n° 3, en vigueur le 22 mars 1976

Article 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

Protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1991 n° 37, en vigueur le 26 novembre 1991, article VII

Article 17 bis

Si les deux Parties contractantes ont compétence pour exercer l'action pénale contre l'individu pour l'infraction visée par la demande d'extradition, l'exécutif de l'État requis, après avoir consulté l'exécutif de l'État requérant, décide s'il y a lieu d'extrader l'individu ou de soumettre le cas à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Avant de prendre cette décision,

the requested State shall consider all relevant factors, including but not limited to:

- (i) the place where the act was committed or intended to be committed or the injury occurred or was intended to occur;
- (ii) the respective interests of the Contracting Parties;
- (iii) the nationality of the victim or the intended victim; and
- (iv) the availability and location of the evidence.

VI. Revised Code of Washington

10.95.030. Sentences for aggravated first degree murder

(1) Except as provided in subsection (2) of this section, any person convicted of the crime of aggravated first degree murder shall be sentenced to life imprisonment without possibility of release or parole. A person sentenced to life imprisonment under this section shall not have that sentence suspended, deferred, or commuted by any judicial officer and the indeterminate sentence review board or its successor may not parole such prisoner nor reduce the period of confinement in any manner whatsoever including but not limited to any sort of good-time calculation. The department of social and health services or its successor or any executive official may not permit such prisoner to participate in any sort of release or furlough program.

(2) If, pursuant to a special sentencing proceeding held under RCW 10.95.050, the trier of fact finds that there are not sufficient mitigating circumstances to merit leniency, the sentence shall be death . . .

10.95.040. Special sentencing proceeding — Notice — Filing — Service

(1) If a person is charged with aggravated first degree murder as defined by RCW 10.95.020, the prosecuting attorney shall file written notice of a special sentencing proceeding to determine whether or not the death penalty should be imposed when there is reason to believe

l'État requis considère tous les facteurs pertinents, notamment :

- (i) le lieu où l'individu projetait de commettre l'infraction ou de causer le préjudice ou a commis l'infraction ou causé le préjudice;
- (ii) les intérêts respectifs des Parties contractantes;
- (iii) la nationalité de la victime ou de la personne visée; et
- (iv) la disponibilité des preuves et l'endroit où elles se trouvent.

VI. Revised Code of Washington

[TRANSLATION]

10.95.030. Peines pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes

(1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, toute personne déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité en vertu du présent article ne peut se voir accorder de sursis, de report ou de commutation de cette peine par quelque titulaire de fonctions judiciaires, et la commission des peines d'emprisonnement indéterminées et des libérations conditionnelles ou tout organisme successeur ne peut lui accorder de libération conditionnelle ni réduire sa période d'incarcération de quelque manière que ce soit, notamment par l'application de quelque réduction de peine pour bonne conduite. Un tel prisonnier ne peut être autorisé par le ministère des services sociaux et de la santé ou tout organisme successeur ni par un fonctionnaire compétent à participer à quelque programme de libération ou de congé que ce soit.

(2) Si, au terme d'une audience spéciale de détermination de la peine tenue en vertu de l'art. 10.95.050 du RCW, le juge des faits estime qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes justifiant d'accorder la clémence, la sentence est la peine de mort. . .

10.95.040. Audience spéciale de détermination de la peine — Avis — Dépôt — Signification

(1) Lorsqu'une personne est accusée de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes au sens de l'art. 10.95.020 du RCW, l'avocat de la poursuite dépose un avis écrit de la tenue d'une audience spéciale de détermination de la peine en vue de décider si la

that there are not sufficient mitigating circumstances to merit leniency.

(2) The notice of special sentencing proceeding shall be filed and served on the defendant or the defendant's attorney within thirty days after the defendant's arraignment upon the charge of aggravated first degree murder unless the court, for good cause shown, extends or reopens the period for filing and service of the notice. Except with the consent of the prosecuting attorney, during the period in which the prosecuting attorney may file the notice of special sentencing proceeding, the defendant may not tender a plea of guilty to the charge of aggravated first degree murder nor may the court accept a plea of guilty to the charge of aggravated first degree murder or any lesser included offense.

(3) If a notice of special sentencing proceeding is not filed and served as provided in this section, the prosecuting attorney may not request the death penalty.

10.95.180. Death Penalty — How executed

(1) The punishment of death shall be supervised by the superintendent of the penitentiary and shall be inflicted by intravenous injection of a substance or substances in a lethal quantity sufficient to cause death and until the defendant is dead, or, at the election of the defendant, by hanging by the neck until the defendant is dead. In any case, death shall be pronounced by a licensed physician.

VII. Analysis

28

The evidence amply justifies the extradition of the respondents to Washington State to stand trial on charges of aggravated first degree murder. Under the law of that state, a conviction would carry a minimum sentence of imprisonment for life without the possibility of release or parole. If the prosecutors were to seek the death penalty, they would have the burden of persuading the jury that "there are not sufficient mitigating circumstances" in favour of the respondents. If the jury is so satisfied, the death penalty would be administered by lethal injection or (at the option of the convicted individual), by hanging. If the jury is not so satisfied, the convicted murderer is locked up for life without any possibility of release or parole. An individual convicted of aggravated first degree murder in Washington State thus will either die in

peine de mort doit être infligée lorsqu'il existe des motifs de croire qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes justifiant d'accorder la clémence.

(2) L'avis prévu au par. (1) est déposé et signifié au défendeur ou à son procureur dans les trente jours qui suivent la comparution du défendeur relativement à l'accusation de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, sauf si la cour, sur preuve de l'existence d'un motif valable, proroge ce délai. Pendant la période au cours de laquelle l'avocat de la poursuite peut déposer l'avis prévu au par. (1), le défendeur ne peut, sauf avec le consentement de l'avocat de la poursuite, plaider coupable à l'accusation de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, et la cour ne peut accepter de plaider de culpabilité à l'égard de cette accusation ou de quelque infraction moindre et incluse.

(3) Si l'avis prévu au par. (1) n'est pas déposé et signifié de la manière indiquée au présent article, l'avocat de la poursuite ne peut pas demander la peine de mort.

10.95.180. Peine de mort — Modalités de l'exécution

(1) L'exécution de la peine de mort doit être supervisée par le directeur du pénitencier et la peine doit être infligée soit par injection intraveineuse d'une ou de plusieurs substances en quantité suffisante pour causer la mort, et ce jusqu'à ce que mort s'ensuive, soit, au choix du défendeur, par pendaison par le cou jusqu'à ce que mort s'ensuive. Dans l'un ou l'autre cas, la mort doit être constatée par un médecin.

VII. L'analyse

La preuve justifie amplement l'extradition des intimés vers l'État de Washington pour qu'ils y subissent leur procès pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. En vertu du droit en vigueur dans cet État, une déclaration de culpabilité entraîne l'infliction d'une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. Si la poursuite sollicitait la peine de mort, il lui incomberait de convaincre le jury « qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes » en faveur des intimés. Si le jury était convaincu de ce fait, la peine de mort serait exécutée par injection mortelle ou (au choix du condamné) par pendaison. Si le jury n'est pas convaincu de l'absence de circonstances atténuantes, le meurtrier est emprisonné à perpétuité sans possibilité d'élargissement

prison by execution or will die in prison eventually by other causes. Those are the possibilities. Apart from executive clemency, the State of Washington does not hold out the possibility (or even the “faint hope”) of eventual freedom.

The respondents’ position is that the death penalty is so horrific, the chances of error are so high, the death row phenomenon is so repugnant, and the impossibility of correction is so draconian, that it is simply unacceptable that Canada should participate, however indirectly, in its imposition. While the government of Canada would not itself administer the lethal injection or erect the gallows, no executions can or will occur without the act of extradition by the Canadian government. The Minister’s decision is a prior and essential step in a process that may lead to death by execution.

The root questions here are whether the Constitution supports the Minister’s position that assurances need only be sought in exceptional cases, or whether the Constitution supports the respondents’ position that assurances must always be sought barring exceptional circumstances, and if so, whether such exceptional circumstances are present in this case.

In order to get to the heart of the argument on this appeal, it will be useful to deal initially with the Minister’s powers and responsibilities under the *Extradition Act*, and then move to the *Charter* issue (s. 6 mobility rights) on which the respondents succeeded in the British Columbia Court of Appeal. We reject the s. 6 argument, for reasons to be discussed. We will then consider the other grounds on which the respondents constructed their constitutional argument against extradition without assurances, namely s. 12 (“cruel and unusual treatment or punishment”) and s. 7 (“life, liberty and security of the person”). In the end, we

ou de libération conditionnelle. En conséquence, la personne qui est déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes dans l’État de Washington mourra en prison soit parce qu’elle y sera exécutée, soit parce qu’elle y décèdera éventuellement d’autres causes. Voilà les possibilités. Exception faite de la clémence de l’exécutif, il n’existe, dans l’État de Washington aucune possibilité (pas même un « faible espoir ») d’une éventuelle remise en liberté.

La thèse des intimés est que la peine de mort est une sanction si horrible, que les risques d’erreur sont si grands, que le syndrome du couloir de la mort est un phénomène tellement répugnant et que l’impossibilité de corriger l’erreur est si totale qu’il est tout simplement inacceptable que le Canada participe, même indirectement, à l’application de cette peine. Quoique ce ne soit pas le gouvernement du Canada qui administrerait lui-même l’injection mortelle ou dresserait la potence, aucune exécution ne peut avoir lieu à moins qu’il n’extrade les intéressés. La décision du ministre constitue une étape préalable essentielle d’un processus susceptible de mener à la mort par exécution.

Les questions fondamentales que soulève la présente affaire sont de savoir si la Constitution appuie soit la thèse du ministre selon laquelle des assurances ne doivent être demandées que dans des cas exceptionnels, soit celle des intimés selon laquelle ces assurances doivent toujours être demandées sauf circonstances exceptionnelles, et, dans l’affirmative, si de telles circonstances existent en l’espèce.

Avant de pouvoir aborder le cœur de l’argumentation, il sera utile d’examiner d’abord les pouvoirs et responsabilités du ministre aux termes de la *Loi sur l’extradition*, puis l’argument fondé sur la *Charte* (la liberté de circulation garantie par l’art. 6) que les intimés ont présenté avec succès devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Nous rejetons l’argument fondé sur l’art. 6 pour des motifs qui seront exposés plus loin. Nous examinerons ensuite les autres moyens invoqués par les intimés au soutien de leur argument constitutionnel contre l’extradition sans les assurances prévues, notamment ceux fondés sur l’art. 12

29

30

31

conclude that the respondents are entitled to succeed on the sole ground that their extraditions to face the death penalty would, in the present circumstances, violate their rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

1. *The Extradition Act Confers a Broad Statutory Discretion on the Minister*

32

The appeal reaches this Court by way of a judicial review of the exercise by the Minister of his discretion under s. 25(1) of the *Extradition Act* which we reproduce for ease of reference:

25. (1) Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of a foreign state, may, within a period of ninety days after the date of a fugitive's committal for surrender, under the hand and seal of the Minister, order the fugitive to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

Section 25 creates a broad discretion which the Minister must exercise in accordance with the dictates of the *Charter*: *Kindler, supra*, at p. 846; *Schmidt, supra*, at pp. 520-21; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 655-56; and see generally *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. None of the parties to this litigation has attacked the constitutional validity of this discretion which has previously been found by a majority of this Court to pass *Charter* scrutiny: see *Kindler, supra*. In that case, the Court recognized that the Minister's discretion was limited by the *Charter*, and that the *Charter* required a balancing on the facts of each case of the applicable principles of fundamental justice. We affirm the correctness of the balancing test, and for reasons which will become apparent, we conclude that in the circumstances of this case the

(« traitements ou peines cruels et inusités ») et l'art. 7 (« droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne »). En définitive, nous concluons que le pourvoi des intimés doit être accueilli pour le seul motif que leur extradition vers un pays où ils sont passibles de la peine de mort violerait, dans les circonstances de la présente affaire, les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*.

1. *La Loi sur l'extradition confère un large pouvoir discrétionnaire au ministre*

Le présent pourvoi est soumis à notre Cour par voie de demande de contrôle judiciaire de l'exercice, par le ministre, du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 25(1) de la *Loi sur l'extradition*, que nous reproduisons ci-après par souci de commodité :

25. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande d'un État étranger, le ministre de la Justice, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'ordonnance d'incarcération du fugitif, peut, par arrêté, ordonner que celui-ci soit livré à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

L'article 25 crée un large pouvoir discrétionnaire, que le ministre doit exercer conformément aux prescriptions de la *Charte* : *Kindler*, précité, p. 846; *Schmidt*, précité, p. 520-521; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 655-656; et, de façon générale, voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Les parties au présent litige n'ont pas attaqué la validité constitutionnelle de ce pouvoir discrétionnaire, lequel a résisté à un examen fondé sur la *Charte* dans un jugement majoritaire de notre Cour : voir *Kindler*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire du ministre était limité par la *Charte* et que celle-ci exigeait dans chaque cas la pondération des principes de justice fondamentale applicables au regard des faits de l'affaire. Nous confirmons le bien-fondé du critère de la pondération et, pour des motifs qui devien-

application of the balancing test and the ultimate requirement of adherence to “the basic tenets of our legal system” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503) require the Minister to seek assurances.

The authority of the Minister under s. 25 is predicated on the existence of an extradition treaty (s. 3). The extradition treaty in question here was concluded by Canada and the United States in 1971 at a time when Canada still retained the death penalty, although no executions had been carried out since 1962. In the United States executions, which had occurred at the rate of about 50 per year in the late 1950s, “slowed to a trickle and then stopped” in the 1960s (W. S. White, “Capital Punishment’s Future” (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429, at p. 1429). A *de facto* moratorium occurred commencing June 2, 1967. This was reinforced five years later when the Supreme Court of the United States, in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), declared the death penalty regime of the State of Georgia to be unconstitutional. By 1976, the year in which the extradition treaty was ratified and came into force, there had been a realignment of positions. Canada had abolished the death penalty for all but a few military crimes (*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105). In the same year the United States Supreme Court declared that the death penalty could be constitutional if appropriate procedural safeguards are put in place: *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Executions resumed on January 17, 1977 when Gary Gilmore was shot by a firing squad in Utah (H. H. Haines, *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994* (1996), at p. 211). In recognition, perhaps, of this fluid state of affairs the parties agreed that the extradition treaty should include Article 6 in respect of seeking assurances. As set out above, Article 6 provides as follows:

dront évidents plus loin, nous concluons que, dans les circonstances de la présente affaire, son application de même que l’obligation ultime de respect des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503) commandent que le ministre sollicite les assurances prévues.

Le pouvoir conféré au ministre par l’art. 25 repose sur l’existence d’un traité d’extradition (art. 3). Le traité d’extradition dont il est question en l’espèce a été conclu par le Canada et les États-Unis en 1971, à une époque où la peine de mort existait toujours au Canada, quoique la dernière exécution remontât à 1962. Aux États-Unis, les exécutions, qui s’élevaient à environ 50 par année à la fin des années 1950, [TRADUCTION] « chutèrent à quelques unes puis cessèrent complètement » au cours des années 1960 (W. S. White, « Capital Punishment’s Future » (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429, p. 1429). Un moratoire *de facto* a commencé aux États-Unis le 2 juin 1967. Cette mesure a été renforcée cinq ans plus tard lorsque, dans l’arrêt *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), la Cour suprême des États-Unis a déclaré inconstitutionnel le régime relatif à la peine capitale qui existait dans l’État de Georgie. En 1976, année de la ratification et de l’entrée en vigueur du traité d’extradition, un réaménagement des positions était survenu. Le Canada avait aboli la peine de mort pour tous les crimes sauf pour quelques infractions de nature militaire (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105). Cette année-là, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que la peine de mort pouvait être constitutionnelle s’il existait des garanties procédurales appropriées : *Gregg c. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Les exécutions ont repris le 17 janvier 1977 lorsque Gary Gilmore a été abattu par un peloton d’exécution en Utah (H. H. Haines, *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994* (1996), p. 211). Tenant compte, peut-être, du caractère mouvant de cette situation, les parties au traité d’extradition ont convenu d’y inclure l’article 6, qui porte sur les demandes d’assurances. Comme il est indiqué plus tôt, l’article 6 du traité est ainsi rédigé :

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

34 In his decision, the then Minister said that where a committal judge under the Act is satisfied that the requesting state has made out a *prima facie* case against the fugitive, he will approach the issue

from the premise that assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warrant that special exercise of discretion. Such assurances are not to be sought routinely in every case in which the death penalty is applicable.

As stated, the Minister saw nothing in the circumstances here to warrant asking for such assurances.

35 The question is not whether we agree with the Minister's decision. The only issue under the *Charter* is whether, as a matter of constitutional law, the Minister had the power to decide as he did. The *Charter* does not give the Court a general mandate to set Canada's foreign policy on extradition. Yet the Court is the guardian of the Constitution and death penalty cases are uniquely bound up with basic constitutional values. While the death penalty arises as a possibility only in a small fraction of the extradition cases dealt with by the Minister and departmental officials, it raises issues of fundamental importance to Canadian society.

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

Dans sa décision, le ministre de l'époque a affirmé que, dans les cas où le juge qui ordonne l'incarcération en vertu de la Loi est convaincu que l'État requérant a présenté une preuve suffisante à première vue contre le fugitif, il examinerait alors la question

[TRADUCTION] en tenant pour acquis que des assurances ne doivent être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l'affaire justifient cet exercice spécial de pouvoir discrétionnaire. De telles assurances ne doivent pas être systématiquement demandées dans tous les cas où la peine de mort est applicable.

Comme il a été mentionné précédemment, le ministre n'a vu dans le présent cas aucune circonstances justifiant de demander de telles assurances.

La question n'est pas de savoir si nous sommes d'accord avec la décision du ministre. La seule question litigieuse au regard de la *Charte* consiste à déterminer si le ministre avait, du point de vue du droit constitutionnel, le pouvoir de prendre cette décision. La *Charte* ne confère pas à notre Cour le mandat général d'établir la politique étrangère du Canada en matière d'extradition. Cependant, la Cour est le gardien de la Constitution et les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle. Quoique la possibilité d'application de la peine de mort ne se présente que dans un faible pourcentage des affaires d'extradition examinées chaque année par le ministre et ses fonctionnaires, cette situation soulève des questions d'une importance fondamentale pour la société canadienne.

2. *The Minister Is Responsible for the Performance of Canada's International Law Enforcement Obligations*

The Court has historically exercised restraint in the judicial review of extradition decisions, as McLachlin J. (as she then was) noted in *Kindler*, *supra*, at p. 849:

In recognition of the various and complex considerations which necessarily enter into the extradition process, this Court has developed a more cautious approach in the review of executive decisions in the extradition area, holding that judicial scrutiny should not be over-exacting. As the majority in *Schmidt* pointed out, the reviewing court must recognize that extradition involves interests and complexities with which judges may not be well equipped to deal (p. 523). The superior placement of the executive to assess and consider the competing interests involved in particular extradition cases suggests that courts should be especially careful before striking down provisions conferring discretion on the executive. Thus the court must be “extremely circumspect” to avoid undue interference with an area where the executive is well placed to make these sorts of decisions: *Schmidt*, at p. 523. It must, moreover, avoid extra-territorial application of the *Charter*: *Schmidt*, *supra*.

La Forest J. expressed similar views in *Kindler*, *supra*, at p. 837.

The customary deference to the Minister's extradition decisions is rooted in the recognition of Canada's strong interest in international law enforcement activities: *Cotroni*, *supra*, at p. 1485, cited by McLachlin J. in *Kindler*, at pp. 843-44; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 214; *Idziak*, *supra*, at p. 662. The respondents do not quarrel with these general observations. Their argument is that despite McLachlin J.'s caution in *Kindler* that “the court must be ‘extremely circumspect’ to avoid undue interference with an area where the executive is well placed to make these sorts of decisions” (p. 849), a constitutional requirement of assurances does not undermine in any significant way the achievement of Canada's

2. *Le ministre est chargé de veiller au respect des obligations du Canada en matière d'application du droit international*

Notre Cour a traditionnellement fait montre de déférence dans le contrôle judiciaire des décisions en matière d'extradition, comme l'a souligné le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Kindler*, précité, p. 849 :

En reconnaissance des considérations diverses et complexes qui entrent nécessairement dans le processus d'extradition, notre Cour a élaboré une position plus prudente dans l'examen des décisions du pouvoir exécutif dans le domaine de l'extradition, et a jugé que l'examen judiciaire ne devrait pas être trop exigeant. Comme les juges de la majorité l'ont souligné dans l'arrêt *Schmidt*, la cour qui procède à l'examen doit reconnaître que l'extradition fait intervenir des intérêts et des questions complexes dont les juges peuvent ne pas être en mesure de traiter (p. 523). La position supérieure dans laquelle se trouve l'exécutif pour évaluer et examiner les intérêts divergents visés dans certaines affaires en matière d'extradition donne à penser que les tribunaux devraient être particulièrement prudents avant d'annuler des dispositions qui lui confèrent un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, les tribunaux doivent se montrer «extrêmement circonspects» afin d'éviter toute ingérence indue dans un domaine où l'exécutif est bien placé pour prendre ce genre de décisions: *Schmidt*, à la p. 523. En outre, ils doivent éviter toute application de la *Charte* à un État étranger: *Schmidt*, précité.

Le juge La Forest a exprimé des vues analogues dans *Kindler*, p. 837.

La déférence habituellement manifestée à l'égard des décisions du ministre en matière d'extradition découle de la reconnaissance de l'intérêt considérable qu'a le Canada dans la bonne marche des activités internationales d'application de la loi: *Cotroni*, précité, p. 1485, cité par le juge McLachlin dans l'arrêt *Kindler*, p. 843-844; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, p. 214; *Idziak*, précité, p. 662. Les intimés ne contestent pas ces observations générales. Leur argument porte plutôt que, malgré la mise en garde du juge McLachlin dans *Kindler* que «les tribunaux doivent se montrer “extrêmement circonspects” afin d'éviter toute ingérence indue dans un domaine où l'exécutif est bien placé pour prendre

36

37

mutual assistance objectives. The executive negotiated Article 6 of the extradition treaty, the United States agreed to it, and both parties must therefore have regarded its exercise as consistent with the fulfilment of their mutual assistance obligations.

ce genre de décisions » (p. 849), l'existence d'une obligation d'ordre constitutionnel intimant d'obtenir des assurances ne compromet pas de façon appréciable la réalisation des objectifs du Canada en matière d'entraide. Le pouvoir exécutif a négocié l'article 6 du traité d'extradition, les États-Unis y ont souscrit et, en conséquence, les deux parties doivent avoir considéré que son application est compatible avec l'exécution de leurs obligations en matière d'entraide.

38 We affirm that it is generally for the Minister, not the Court, to assess the weight of competing considerations in extradition policy, but the availability of the death penalty, like death itself, opens up a different dimension. The difficulties and occasional miscarriages of the criminal law are located in an area of human experience that falls squarely within “the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503. It is from this perspective, recognizing the unique finality and irreversibility of the death penalty, that the constitutionality of the Minister's decision falls to be decided.

Nous confirmons que c'est généralement au ministre, et non à la Cour, qu'il incombe de soupeser les considérations qui s'opposent dans l'application de la politique d'extradition canadienne, mais le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir, au même titre que la mort elle-même, une dimension particulière. Les difficultés et les erreurs occasionnelles du droit criminel surviennent dans un aspect de l'expérience humaine qui relève nettement du « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503. C'est dans cette optique, tout en tenant compte du caractère définitif et irréversible de la peine de mort, qu'il faut apprécier la constitutionnalité de la décision du ministre.

3. *Section 6(1) (“Mobility Rights”) of the Charter Does not Invalidate an Extradition Without Assurances*

3. *Le paragraphe 6(1) (« liberté de circulation ») de la Charte n'invalide pas les extraditions non assorties des assurances prévues*

39 It is convenient at this point to address the Minister's argument that extradition with or without assurances has nothing to do with the respondents' rights, as Canadian citizens, to enter or remain in Canada. Traditionally, nationality has afforded no defence to extradition from Canada. Sir William Buell Richards, the first Chief Justice of Canada, when sitting on the Court of Common Pleas of Upper Canada two years prior to Confederation, dealt with this issue in a review of a warrant of commitment for the extradition of a British subject to the United States:

Il convient à ce stade-ci d'examiner l'argument du ministre que l'extradition, assortie ou non des assurances prévues, ne fait pas intervenir le droit dont jouissent les intimés, en tant que citoyens canadiens, d'entrer au Canada ou d'y demeurer. La nationalité n'a jamais constitué un moyen de défense opposable à une demande d'extradition. Sir William Buell Richards, qui fut le premier Juge en chef du Canada, s'est prononcé sur cette question alors qu'il siégeait à la Cour des plaids communs du Haut Canada (*Court of Common Pleas of Upper Canada*), deux ans avant la Confédération, dans le cadre de l'examen d'un mandat d'incarcération décerné en vue de l'extradition d'un sujet britannique vers les États-Unis :

Whatever may be considered to have been the general rule in relation to a government surrendering its own subjects to a foreign government, I cannot say I have any doubt, that under the treaty and our own statute, a British subject who is in other respects brought within the law, cannot legally demand that he ought not to be surrendered merely because he is a natural born subject of Her Majesty. [Emphasis added.]

(*Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34, at p. 46)

The present Minister contends that, from a policy as well as a legal perspective, the nationality of the fugitive ought to remain an irrelevant consideration. Otherwise, she argues, it could mean that if Burns were a Canadian citizen and Rafay were not, only the latter would be extradited to face the death penalty, despite the allegation that it was Burns who did the actual killing.

We affirm that extradition is a *prima facie* infringement of the s. 6(1) right of every Canadian citizen to “remain in” Canada: *Cotroni, supra*, at pp. 1480-81. The respondents will not, on this occasion, leave their homeland willingly. Their forcible removal must be justified under s. 1 of the *Charter* (*Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.), cited with approval in *Schmidt, supra*, at p. 520, and by La Forest J. in *Cotroni, supra*, at pp. 1482-83; *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794 (C.A.), at p. 805, aff’d [1996] 1 S.C.R. 467; *Swystun v. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (Man. Q.B.), cited with approval in *Cotroni, supra*, at p. 1498; and *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364 (N.S.S.C.T.D.)).

The issue of s. 1 justification was considered by this Court in *Cotroni, supra*, and *Kindler, supra*. In *Cotroni*, the two fugitives were Canadian citizens who were alleged to have participated in a conspiracy to import and distribute heroin in the United States. They argued that s. 6(1) of the *Charter* required that they be prosecuted in Canada rather than in the United States. La Forest J., writing for

[TRADUCTION] Indépendamment de ce qui peut être considéré comme ayant été la règle générale applicable au gouvernement qui livre ses propres sujets à un gouvernement étranger, il m’est impossible d’affirmer que j’éprouve quelque doute que ce soit que, en vertu du traité et de nos propres lois, un sujet britannique qui est à tous autres égards soumis à la loi ne peut légalement demander de ne pas être livré simplement parce qu’il est né sujet de Sa Majesté. [Nous soulignons.]

(*Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34, p. 46)

La ministre actuelle prétend que, tant du point de vue des politiques d’intérêt général que du point de vue juridique, la nationalité du fugitif doit rester une considération non pertinente. Autrement, plaide la ministre, cela pourrait signifier que si Burns était citoyen canadien et Rafay ne l’était pas, seul ce dernier serait extradé vers le pays où ils sont passibles de la peine de mort, malgré l’allégation voulant que ce soit Burns qui ait effectivement commis les meurtres.

Nous confirmons que l’extradition constitue à première vue une atteinte au droit que garantit le par. 6(1) à tout citoyen canadien de « demeurer au » Canada : *Cotroni*, précité, p. 1480-1481. En l’espèce, les intimés ne quitteront pas leur patrie de plein gré. Leur expulsion forcée doit être justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (*Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.), cité avec approbation dans *Schmidt*, précité, p. 520, et par le juge La Forest dans *Cotroni*, précité, p. 1482-1483; *Whitley c. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794 (C.A.), p. 805, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Swystun c. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (B.R. Man.), cité avec approbation dans *Cotroni*, précité, p. 1498; et *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364 (C.S. 1^{re} inst. N.-É.)).

La question de la justification au regard de l’article premier a été examinée par notre Cour dans les arrêts *Cotroni* et *Kindler*, précités. Dans *Cotroni*, les deux fugitifs étaient des citoyens canadiens à qui on reprochait d’avoir participé à un complot en vue d’importer et de distribuer de l’héroïne aux États-Unis. Ils ont plaidé que le par. 6(1) de la *Charte* exigeait qu’ils soient jugés au Canada

40

41

42

a five-member majority, disagreed. He found that the *prima facie* violation of s. 6 could be saved under s. 1 because the concerns addressed by the extradition legislation were pressing and substantial. Further, the extradition of the respondents was rationally connected to the important objectives of international law enforcement, it impaired the s. 6(1) right as little as reasonably possible, and such pressing and substantial concerns justified the peripheral *Charter* infringement in that case. It is helpful to quote his precise language at p. 1490:

As against this somewhat peripheral *Charter* infringement must be weighed the importance of the objectives sought by extradition — the investigation, prosecution, repression and punishment of both national and transnational crimes for the protection of the public. These objectives, we saw, are of pressing and substantial concern. They are, in fact, essential to the maintenance of a free and democratic society. In my view, they warrant the limited interference with the right guaranteed by s. 6(1) to remain in Canada. That right, it seems to me, is infringed as little as possible, or at the very least as little as reasonably possible.

43

Subsequently, in *Kindler*, La Forest J. expressed the concern that if Canada did not have the “right and duty” to extradite or expel undesirable aliens, “Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us” (p. 834). While expressed in connection with aliens, the concern could also apply to citizens, even though citizens, unlike aliens, enjoy the added protection of s. 6. We accept that when the respondents are in British Columbia they are “at home”. They are also using “home” as a safe haven. A murderer who flees the scene of a crime across an international boundary is seeking a “safe haven” irrespective of whether he or she holds citizenship in the state from which flight commenced, or in the destination state, or in neither. In all cases, the international boundary is to some extent an obstacle to law enforcement. Equally, to the

plutôt qu’aux États-Unis. S’exprimant pour les cinq juges majoritaires, le juge La Forest a rejeté cet argument. Il a estimé que, malgré l’atteinte qui était portée à première vue aux droits garantis par l’art. 6, la validité de la mesure contestée pouvait néanmoins être sauvegardée par l’article premier étant donné que les préoccupations visées par la législation sur l’extradition étaient urgentes et réelles. De plus, l’extradition des intimés avait un lien rationnel avec les objectifs importants poursuivis en matière d’application de la loi à l’échelle internationale, elle portait atteinte aussi peu qu’il était raisonnablement possible de le faire au droit garanti par le par. 6(1) et des préoccupations aussi urgentes et réelles justifiaient la violation mineure de la *Charte* dans cette affaire. Il est utile de citer les termes exacts qu’il a utilisés à la p. 1490 :

En regard de cette violation quelque peu mineure de la *Charte*, il faut évaluer l’importance des objectifs visés par l’extradition, savoir les enquêtes et les poursuites, ainsi que la répression et la punition des crimes tant nationaux que transnationaux pour la protection du public. Ces objectifs, nous l’avons vu, constituent des préoccupations urgentes et réelles. En fait, ils sont essentiels au maintien d’une société libre et démocratique. À mon avis, ils justifient la violation limitée du droit garanti par le par. 6(1) de demeurer au Canada. Ce droit, me semble-t-il, est violé le moins possible, ou, tout au moins, le moins qu’il est raisonnablement possible de le faire.

Subséquemment, dans *Kindler*, le juge La Forest a dit craindre que, si le Canada n’avait pas le « droit et le devoir » d’extrader ou d’expulser de son territoire les étrangers indésirables qui s’y trouvent, « le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous » (p. 834). Quoique cette inquiétude soit exprimée à l’égard des étrangers, elle pourrait également s’appliquer aux citoyens canadiens, même si ceux-ci, contrairement aux étrangers, jouissent de la protection supplémentaire garantie par l’art. 6. Nous reconnaissons que, lorsque les intimés sont en Colombie-Britannique, ils sont « chez eux ». Ils utilisent également leur « chez-eux » comme un refuge sûr. Le meurtrier qui fuit la scène d’un meurtre et traverse une frontière internationale cherche un « refuge sûr », qu’il soit ou non citoyen

extent the “safe haven” argument seeks to make Canada a safer place by returning to face justice in a foreign country fugitives who are considered dangerous, citizenship is irrelevant because the objective is advanced by extraditing Canadian fugitives as much as it is by extraditing persons of other nationalities.

The respondents contend that to satisfy the *Charter* requirement that their s. 6 mobility rights be impaired “as minimally as possible” the Minister is obliged to seek assurances. Extradition without assurances, they say, is not minimal impairment. Such assurances, however, would not uphold a “right to remain”. Extradition with assurances would result in the forcible removal of the respondents from Canada as much as extradition without assurances.

A case that raised some of the same s. 6(1) concerns as the present appeal is *Re Federal Republic of Germany and Rauca, supra*, which was cited with approval by La Forest J. for the majority in both *Cotroni, supra*, at pp. 1482-83, and *Schmidt, supra*, at p. 520. In *Rauca*, the Ontario Court of Appeal rejected the claim by Rauca that his extradition to Germany to face charges of aiding and abetting the murder of several thousand civilians during the Second World War violated s. 6(1). Rauca was a naturalized Canadian citizen and was 74 years old at the time of the decision of that court. If convicted, he was expected to be sentenced to life in prison in Germany. Given the usual span of human existence, it was clear that Rauca would not only be denied a right to “remain” in Canada but, if convicted in Germany, could never thereafter exercise a right to “enter” Canada. Nevertheless, the extradition of Rauca was held to be a justifiable limitation on the s. 6(1) right. Leave was granted to Rauca to appeal this ruling to this Court but he voluntarily submitted to

de l’État où sa cavale a commencé, de l’État où il se rend ou d’aucun des deux. Dans tous les cas, l’existence d’une frontière internationale constitue jusqu’à un certain point un obstacle à l’application de la loi. De même, dans la mesure où l’argument du « refuge sûr » vise à faire du Canada un endroit plus sûr en renvoyant devant les tribunaux d’un pays étranger des fugitifs qui sont considérés dangereux, la citoyenneté n’est pas un facteur pertinent, car l’objectif est réalisé autant par l’extradition de fugitifs canadiens que par l’extradition de ressortissants étrangers.

Les intimés font valoir que, pour satisfaire à l’obligation que fait la *Charte* de porter atteinte « le moins possible » à la liberté de circulation que leur garantit l’art. 6, le ministre est obligé de demander les assurances prévues. L’extradition non assortie de ces assurances ne constitue pas, soutiennent-ils, une atteinte minimale. Cependant, de telles assurances n’étayeraient pas un « droit de demeurer » au pays. Si l’extradition était assortie d’assurances, elle se traduirait par l’expulsion forcée des intimés du Canada tout autant que si elle n’était pas assortie d’assurances.

Une affaire qui soulevait certaines des préoccupations fondées sur le par. 6(1) que soulève le présent pourvoi est l’arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité. Cette affaire a été citée avec approbation par le juge La Forest, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, tant dans *Cotroni*, précité, p. 1482-1483, que dans *Schmidt*, précité, à la p. 520. Dans *Rauca*, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté la prétention de ce dernier que son extradition en Allemagne pour y faire face à des accusations d’avoir aidé et encouragé le meurtre de plusieurs milliers de civils au cours de la Seconde Guerre mondiale violait le par. 6(1). Rauca, qui était un citoyen canadien naturalisé, était âgé de 74 ans au moment de la décision de la Cour d’appel. On prévoyait que, s’il était déclaré coupable, il serait condamné à l’emprisonnement à perpétuité en Allemagne. Compte tenu de la durée de vie normale de l’être humain, il était évident que non seulement Rauca serait privé du droit de « demeurer » au Canada mais que, s’il était déclaré coupable en Allemagne, il ne pourrait

44

45

the extradition before the appeal was heard and was returned to Germany, where he died before trial.

jamais par la suite exercer le droit d'« entrer » au Canada. Il a néanmoins été jugé que l'extradition de Rauca constituait une limitation justifiable du droit garanti par le par. 6(1). Rauca, qui avait obtenu l'autorisation de se pourvoir contre cette décision devant notre Cour, s'est toutefois volontairement soumis à l'extradition avant l'audition du pourvoi et il a été renvoyé en Allemagne, où il est décédé avant le procès.

46 The death penalty was not at issue in *Rauca*, but viewed uniquely from the perspective of s. 6(1) mobility rights, death in a foreign prison by natural causes would be as effective a deprivation of a “right to return” as death in the foreign prison by capital punishment.

La peine de mort n'était pas en litige dans l'affaire *Rauca*, mais considérée uniquement au regard du droit à la liberté de circulation garanti par le par. 6(1), la mort dans une prison étrangère par suite de causes naturelles priverait tout aussi concrètement l'intéressé du « droit de revenir » au pays que la mort dans cette prison par application de la peine capitale.

47 The respondents, unless acquitted, will be subject to life in prison without possibility of release or parole. The Revised Code of Washington §10.95.030 could scarcely be more emphatic:

Sauf s'ils sont acquittés, les intimés seront tout de même passibles de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. L'article 10.95.030 du Revised Code of Washington est on ne peut plus clair :

(1) Except as provided in subsection (2) of this section [the death penalty], any person convicted of the crime of aggravated first degree murder shall be sentenced to life imprisonment without possibility of release or parole. A person sentenced to life imprisonment under this section shall not have that sentence suspended, deferred, or commuted by any judicial officer and the indeterminate sentence review board or its successor may not parole such prisoner nor reduce the period of confinement in any manner whatsoever including but not limited to any sort of good-time calculation. The department of social and health services or its successor or any executive official may not permit such prisoner to participate in any sort of release or furlough program. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article [la peine de mort], toute personne déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité en vertu du présent article ne peut se voir accorder de sursis, de report ou de commutation de cette peine par quelque titulaire de fonctions judiciaires, et la commission des peines d'emprisonnement indéterminées et des libérations conditionnelles ou tout organisme successeur ne peut lui accorder de libération conditionnelle ni réduire sa période d'incarcération de quelque manière que ce soit, notamment par l'application de quelque réduction de peine pour bonne conduite. Un tel prisonnier ne peut être autorisé par le ministère des services sociaux et de la santé ou tout organisme successeur ni par un fonctionnaire compétent à participer à quelque programme de libération ou de congé que ce soit. [Nous soulignons.]

The evidence is that the practice in Washington State conforms to the statutory provision. Thus, the relevant law contemplates that whether assurances are obtained or not, the fugitive, if convicted, will equally be unable to return to or

La preuve indique que l'État de Washington se conforme dans la pratique à cette disposition législative. Par conséquent, que des assurances soient obtenues ou non, si les fugitifs sont déclarés coupables, ils seront également incapables de revenir

“enter” Canada. In neither case would the bar to return be imposed by the Government of Canada.

Donald J.A. considered that prisoner exchange programs or possible legislative change in Washington State do at least create “a faint hope” of return because, as he says, “where there is life there is hope” (at para. 27). He also refers to the possibility of delayed executive clemency. The possible eventuality of legislative change or other exceptional relief in a foreign jurisdiction from a punishment that may never be imposed are events that are also remote from the making of an extradition order. In our view, with respect, efforts to stretch mobility rights to cover the death penalty controversy are misplaced. The real issue here is the death penalty. The death penalty is overwhelmingly a justice issue and only marginally a mobility rights issue. The death penalty issue should be confronted directly and it should be confronted under s. 7 of the *Charter*.

As the s. 1 justification for a breach of s. 6(1) parallels that for a breach of s. 7 in any event, a more ample discussion of the s. 1 arguments will be deferred until s. 7 has been considered.

4. *Section 12 (“Cruel and Unusual Treatment or Punishment”) Is not Directly Engaged in this Appeal Except as a Value to Be Considered in the Section 7 Balance*

Section 12 of the *Charter* guarantees the respondents “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. Concerns about the death penalty raise the question of whether its imposition would offend this provision. A threshold question, however, is whether in the circumstances of this case s. 12 can even apply, since it would be the State of Washington and not

au Canada ou d’y « entrer ». Dans un cas comme dans l’autre, l’obstacle à leur retour ne serait pas imposé par le gouvernement du Canada.

Le juge Donald de la Cour d’appel a estimé que les programmes d’échange de prisonnier ou la possibilité de modification de la loi dans l’État de Washington créent à tout le moins un « faible espoir » car, ainsi qu’il l’a dit, [TRADUCTION] « tant qu’il y a de la vie il y a de l’espoir » (par. 27). Il a également mentionné la possibilité que l’exécutif accorde la clémence. La possibilité d’une éventuelle modification de la loi ou autre mesure exceptionnelle dans un ressort étranger à l’égard d’une peine susceptible de ne jamais être infligée est également un fait ayant un rapport plutôt ténu avec la prise d’un arrêté d’extradition. En toute déférence, nous sommes d’avis, que les efforts déployés en vue d’élargir le champ d’application du droit à la liberté de circulation à la controverse entourant la peine de mort sont mal inspirés. La véritable question litigieuse en l’espèce est la peine de mort. Cette peine est essentiellement une question qui a trait à la justice et qui ne touche qu’accessoirement la liberté de circulation. La question de la peine de mort doit être abordée directement, au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

Quoi qu’il en soit, comme l’analyse de la justification d’une violation du par. 6(1) se rapproche de celle applicable aux violations de l’art. 7, les arguments relatifs à l’article premier seront analysés plus en détail au moment de l’examen de l’art. 7.

4. *Le présent pourvoi ne fait pas intervenir directement l’art. 12 (« traitements ou peines cruels et inusités ») sauf comme valeur à prendre en compte dans la pondération fondée sur l’art. 7*

Le texte anglais de l’art. 12 de la *Charte* garantit aux intimés « *the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment* ». Les inquiétudes relatives à la peine de mort soulèvent la question de savoir si l’infliction de cette peine porterait atteinte à cette disposition. Toutefois, une question préliminaire se pose, soit celle de savoir si, dans les circonstances de l’espèce, l’art. 12

48

49

50

the government of Canada that would impose and carry out the death sentence.

51 The *Charter* only guarantees certain rights and freedoms from infringement by “the Parliament and government of Canada” (s. 32(1)(a)) and “the legislature and government of each province” (s. 32(1)(b)). The role played by s. 32 in the extradition context was discussed by La Forest J. in *Schmidt*, *supra*, at p. 518:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country; see, for example, *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted.

See also: *Mellino*, *supra*, at p. 547; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, at p. 571; and *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 123.

52 Nevertheless, counsel for the respondents suggest that Canada cannot avoid shouldering responsibility for the imposition of the death penalty just because it would be a foreign government, if anyone, that puts the respondents to death. The French text of s. 12 of the *Charter* guarantees to the respondents “*la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités*”. The guarantee of “protection”, it could be argued, imposes an affirmative obligation on the Canadian state to protect against infliction of the death penalty whether by Canada or by any other government.

53 There is some support for this view in the decision of the European Court of Human Rights in *Soering* (Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, at para. 91):

In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 [of the *Convention for the Protection of Human Rights*

trouve même application, puisque ce serait l’État de Washington et non le gouvernement du Canada qui prononcerait et appliquerait le peine de mort.

La *Charte* ne protège que certains droits et libertés contre les atteintes susceptibles d’y être portées par le « Parlement et [le] gouvernement du Canada » (al. 32(1)a)) et par « la législature et [le] gouvernement de chaque province » (al. 32(1)b)). Le rôle que joue l’art. 32 dans le contexte de l’extradition a été analysé par le juge La Forest dans l’arrêt *Schmidt*, précité, p. 518 :

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d’extradition, comme dans d’autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s’applique pas aux actes d’un pays étranger: voir, par exemple, l’arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.

Voir également : *Mellino*, précité, p. 547; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, p. 571; et *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 123.

Néanmoins, les avocats des intimés affirment que le Canada ne peut se dérober à sa responsabilité pour l’infliction de la peine de mort du seul fait que ce serait un gouvernement étranger qui enlèverait la vie aux intimés. Le texte français de l’art. 12 de la *Charte* garantit aux intimés « la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Il est possible de prétendre que cette garantie de « protection » impose à l’État canadien l’obligation positive de protéger chacun contre l’infliction de la peine de mort, que ce soit par le Canada ou par tout autre gouvernement.

Cette opinion trouve un certain appui dans la décision rendue par la Cour européenne des droits de l’homme dans *Soering* (Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 91) :

En résumé, pareille décision [savoir l’extradition d’un fugitif] peut soulever un problème au regard de l’article 3 [de la *Convention de sauvegarde des droits de*

and *Fundamental Freedoms*, which is equivalent to section 12 of our *Charter*], and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.

The “responsibility of th[e] State” is certainly engaged under the *Charter* by a ministerial decision to extradite without assurances. While the Canadian government would not itself inflict capital punishment, its decision to extradite without assurances would be a necessary link in the chain of causation to that potential result. The question is whether the linkage is strong enough and direct enough to invoke s. 12 in an extradition proceeding, especially where, as here, there are many potential outcomes other than capital punishment.

The view previously taken by this Court is that the proper place for the “state responsibility” debate is under s. 7. We affirm the correctness of that approach.

This issue was extensively canvassed in *Kindler* and *Ng*. The Court concluded that extradition by the Canadian government did not violate the guarantee against cruel and unusual punishment because the only action by the Canadian government was to hand the fugitives over to law enforcement authorities in the United States, not to impose the death penalty. La Forest J., concurring, stated in *Kindler, supra*, at p. 831:

The Minister’s actions do not constitute cruel and unusual punishment. The execution, if it ultimately takes place, will be in the United States under American law against an American citizen in respect of an offence that took place in the United States. It does not result from any initiative taken by the Canadian Government. Canada’s connection with the matter results from the fact that the fugitive came here of his own free will, and

l’homme et des libertés fondamentales, qui est l’équivalent de l’art. 12 de notre *Charte*], donc engager la responsabilité d’un Etat contractant au titre de la Convention, lorsqu’il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l’intéressé, si on le livre à l’Etat requérant, y courra un risque réel d’être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

La « responsabilité [de l’]État » est certes engagée, au regard de la *Charte*, lorsque le ministre décide d’extrader une personne sans les assurances prévues. Quoique ce ne soit pas le gouvernement canadien lui-même qui infligerait la peine capitale, sa décision d’extrader sans les assurances prévues serait un maillon nécessaire du lien de causalité conduisant à ce résultat potentiel. La question est de savoir si ce lien est suffisamment fort et direct pour faire entrer en jeu l’art. 12 dans le cadre d’une procédure d’extradition, particulièrement dans un cas comme celui qui nous occupe, où il y a de nombreuses autres issues potentielles outre la peine capitale.

Selon le point de vue adopté précédemment par notre Cour, c’est au regard de l’art. 7 qu’il convient d’examiner la question de la « responsabilité de l’État ». Nous confirmons le bien-fondé de cette approche.

Cette question a été étudiée en profondeur dans les arrêts *Kindler* et *Ng*. Notre Cour a jugé que l’extradition par le gouvernement canadien ne portait pas atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées, puisque le seul acte du gouvernement canadien était de remettre les fugitifs aux autorités chargées de l’application de la loi aux États-Unis, et non d’infliger la peine de mort. Dans ses motifs concourants dans *Kindler*, précité, le juge La Forest a dit ceci, à la p. 831 :

[Les actions du ministre] ne constituent pas une peine cruelle et inusitée. Si, en fin de compte, l’exécution a lieu, ce sera l’exécution aux États-Unis, en vertu du droit américain, d’un citoyen américain pour un crime commis aux États-Unis. Elle ne résulte pas d’une initiative prise par le gouvernement canadien. Le lien avec le Canada dans l’affaire découle du fait que le fugitif s’y est réfugié volontairement, et la question qui doit être

54

55

56

the question to be determined is whether the action of the Canadian Government in returning him to his own country infringes his liberty and security in an impermissible way.

And further, McLachlin J. stated at pp. 845-46:

[T]his Court has emphasized that we must avoid extra-territorial application of the guarantees in our *Charter* under the guise of ruling extradition procedures unconstitutional.

. . .

The punishment, if any, to which the fugitive is ultimately subject will be punishment imposed, not by the Government of Canada, but by the foreign state. To put it another way, the effect of any Canadian law or government act is too remote from the possible imposition of the penalty complained of to attract the attention of s. 12. To apply s. 12 directly to the act of surrender to a foreign country where a particular penalty may be imposed, is to overshoot the purpose of the guarantee and to cast the net of the *Charter* broadly in extraterritorial waters. [Emphasis added.]

57

In our view, the degree of causal remoteness between the extradition order to face trial and the potential imposition of capital punishment as one of many possible outcomes to this prosecution make this a case more appropriately reviewed under s. 7 than under s. 12. It must be kept in mind that the values underlying various sections of the *Charter*, including s. 12, form part of the balancing process engaged in under s. 7. In *Kindler, supra*, both McLachlin J. and La Forest J. specifically recognized that s. 12 informs the interpretation of s. 7: *Kindler, supra*, at pp. 831 and 847; *Schmidt, supra*, at p. 522; *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

tranchée est de savoir si l'action du gouvernement canadien de le remettre à son propre pays porte atteinte à sa liberté et à sa sécurité d'une manière qui est interdite.

Plus loin, le juge McLachlin a fait les observations suivantes, p. 845-846 :

[N]otre Cour a souligné que nous devons éviter d'appliquer dans un pays étranger les garanties que confère notre *Charte* sous le couvert de décisions qui déclarent inconstitutionnelles des procédures en matière d'extradition.

. . .

La peine, le cas échéant, à laquelle le fugitif est en fin de compte assujetti sera infligée non pas par le Gouvernement du Canada mais par l'État étranger. En d'autres termes, l'effet de toute loi canadienne ou de tout acte du gouvernement canadien est trop éloigné de la possibilité que la peine dont on se plaint soit infligée pour entraîner l'application de l'art. 12. Si on applique l'art. 12 directement à l'acte d'extradition dans un pays où une peine en particulier peut être infligée, on outrepassé l'objet de la garantie et d'une manière générale on jette les filets de la *Charte* dans des eaux extraterritoriales. [Nous soulignons.]

À notre avis, nous sommes en présence d'un cas qu'il convient d'examiner au regard de l'art. 7 plutôt que de l'art. 12, compte tenu du degré de proximité causale entre, d'une part, l'arrêté d'extradition pris en vue de permettre la tenue du procès et, d'autre part, l'infliction potentielle de la peine capitale qui constitue l'une des nombreuses issues possibles des poursuites en cause. Il faut garder à l'esprit que les valeurs qui sont à la base de divers articles de la *Charte*, notamment l'art. 12, font partie du processus de pondération fondé sur l'art. 7. Dans l'arrêt *Kindler*, précité, le juge McLachlin et le juge La Forest ont expressément reconnu que l'art. 12 sert à l'interprétation de l'art. 7 : *Kindler*, précité, p. 831 et 847; *Schmidt*, précité, p. 522; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

5. *The Outcome of this Appeal is Governed by Section 7 of the Charter (“Fundamental Justice”)*

Section 7 of the *Charter* provides that:

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

It is evident that the respondents are deprived of their liberty and security of the person by the extradition order: *Kindler, supra*, at p. 831. Their lives are potentially at risk. The issue is whether the threatened deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice.

This Court has recognized from the outset that the punishment or treatment reasonably anticipated in the requesting country is clearly relevant. Section 7 is concerned not only with the act of extraditing, but also the potential consequences of the act of extradition. This principle was recognized in the extradition context by La Forest J. in *Schmidt, supra*, at p. 522:

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. [Emphasis added.]

In their submissions on whether extradition without assurances is contrary to the principles of fundamental justice, the parties drew heavily on the decisions in *Kindler* and *Ng*. It may be helpful to recall the facts of those cases. *Kindler* was an

5. *L’issue du présent pourvoi dépend de l’art. 7 de la Charte (« justice fondamentale »)*

L’article 7 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

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.

Il est évident que l’arrêté d’extradition prive les intimés de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne : *Kindler*, précité, p. 831. Leur vie pourrait être en danger. La question est de savoir si ce risque de privation est compatible avec les principes de justice fondamentale.

Notre Cour a dès le départ reconnu que la peine ou le traitement auquel la personne visée peut raisonnablement s’attendre dans l’État requérant est clairement un facteur pertinent. L’article 7 ne s’attache pas seulement à l’acte d’extradition, mais aussi à ses conséquences potentielles. L’application de ce principe dans le contexte de l’extradition a été reconnu par le juge La Forest dans l’arrêt *Schmidt*, précité, p. 522 :

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l’État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l’homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu’une décision de livrer un fugitif afin qu’il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l’art. 7. [Nous soulignons.]

Dans leur argumentation sur la question de savoir si l’extradition sans les assurances prévues est contraire aux principes de justice fondamentale, les parties se sont appuyées abondamment sur les arrêts *Kindler* et *Ng*. Il pourrait être utile de rappo-

58

59

60

61

American citizen who had escaped to Canada after being convicted in Pennsylvania for the brutal murder of an 18-year-old who was scheduled to testify against him in a burglary case. The jury which convicted Kindler had recommended that he face the death penalty. Prior to being sentenced, he escaped to Canada. After seven months as a fugitive in Quebec, Kindler was captured and escaped again. After remaining at large for nearly two years, Kindler was recaptured. Judicial review of Kindler's surrender order was dismissed by this Court even though (unlike this case) the death penalty was no longer simply a possibility. It had already been recommended by the jury. Nevertheless, we held that the Minister was entitled to extradite without assurances.

ler les faits de ces affaires. Kindler était un citoyen américain qui s'était enfui au Canada après avoir été déclaré coupable, en Pennsylvanie, du meurtre sauvage d'une personne âgée de 18 ans qui devait témoigner contre lui dans une affaire de cambriolage. Le jury qui avait déclaré Kindler coupable avait recommandé qu'on lui inflige la peine de mort. Avant le prononcé de sa peine, ce dernier s'est enfui au Canada. Après avoir passé sept mois comme fugitif au Québec, Kindler a été capturé, mais il s'est échappé une fois de plus. Après être demeuré en fuite pendant presque deux ans, Kindler a été capturé de nouveau. La demande de contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition visant Kindler a été rejetée par notre Cour, même si (contrairement à la présente affaire) la peine de mort n'était plus simplement une possibilité. Elle avait en effet été recommandée par le jury. Notre Cour a néanmoins estimé que le ministre avait le droit d'extrader sans les assurances prévues.

62

In the companion appeal, the respondent Ng was a British subject born in Hong Kong and subsequently resident in the United States. He had been arrested in Calgary after shooting at two department store security guards who tried to apprehend him for shoplifting. Once his identity was established, he was extradited to the State of California to face numerous charges of murder. He has since been convicted and sentenced to death for murdering 11 people — six men, three women and two baby boys — during what one newspaper described as a “spree of sexual torture and murder in rural California”. In that case, as well, the Minister was held to have the power, though not the duty, to extradite without assurances.

Dans le pourvoi connexe, l'intimé Ng était un citoyen britannique qui était né à Hong Kong puis était devenu plus tard résident des États-Unis. Il avait été arrêté à Calgary après avoir fait feu sur deux gardiens de sécurité d'un grand magasin qui tentaient de l'appréhender pour vol à l'étalage. Une fois son identité établie, il a été extradé vers l'État de la Californie, où pesaient contre lui de nombreuses accusations de meurtre. Il a depuis été déclaré coupable et condamné à mort pour le meurtre de 11 personnes — six hommes, trois femmes et deux bébés de sexe masculin — au cours de ce qu'un journal a qualifié de [TRADUCTION] « vague de meurtres et de tortures sexuelles dans la campagne californienne ». Dans cette affaire également, il a été jugé que le ministre avait le pouvoir, mais non le devoir, d'extrader sans les assurances prévues.

63

The respondents submit that even if the analytical framework developed in *Kindler* and *Ng* is accepted (i.e., balancing “the conflicting considerations” or “factors”: *Kindler*, at p. 850), the result of those cases should not determine the outcome here. *Kindler* and *Ng* should either be distinguished on the facts or revisited on the weight to be given to the “factor” of capital punishment

Les intimés soutiennent que, même si l'on acceptait le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Kindler* et *Ng* (c'est-à-dire la prise en compte des « arguments contraires » ou « facteurs » de cette nature : *Kindler*, p. 850) l'issue de ces affaires ne doit pas déterminer celle du présent cas. Les arrêts *Kindler* et *Ng* devraient soit être distingués de la présente affaire sur la base des faits, soit être

because of changed circumstances in the 10 years since those cases were decided.

6. *The Proper Analytical Approach (the “Balancing Process”) Was Set Out by this Court in its Decisions in Kindler and Ng*

It is important to recognize that neither *Kindler* nor *Ng* provides a blanket approval to extraditions to face the death penalty. In *Kindler*, La Forest J., at p. 833, referred to a s. 7 “balancing process” in which “the global context must be kept squarely in mind”. At p. 835, he acknowledged the possible existence of circumstances that “may constitutionally vitiate an order for surrender”.

It is inherent in the *Kindler* and *Ng* balancing process that the outcome may well vary from case to case depending on the mix of contextual factors put into the balance. Some of these factors will be very specific, such as the mental condition of a particular fugitive. Other factors will be more general, such as the difficulties, both practical and philosophic, associated with the death penalty. Some of these factors will be unchanging; others will evolve over time. The outcome of this appeal turns more on the practical and philosophic difficulties associated with the death penalty that have increasingly preoccupied the courts and legislators in Canada, the United States and elsewhere rather than on the specific circumstances of the respondents in this case. Our analysis will lead to the conclusion that in the absence of exceptional circumstances, which we refrain from trying to anticipate, assurances in death penalty cases are always constitutionally required.

The Minister approached this extradition decision on the basis of the law laid down in *Kindler* and *Ng* and related cases. Having regard to some of the expressions used in the case law, he con-

réexaminés au regard du poids qu’il convient d’accorder au « facteur » de la peine de mort en raison de l’évolution de la situation aux cours des 10 années qui se sont écoulées depuis le prononcé de ces arrêts.

6. *La démarche analytique applicable (le « processus de pondération ») a été décrite dans les arrêts Kindler et Ng de notre Cour*

Il est important de reconnaître que ni l’arrêt *Kindler* ni l’arrêt *Ng* ne constituent une autorisation générale permettant d’extrader des personnes passibles de la peine de mort dans l’État requérant. Dans *Kindler*, p. 833, le juge La Forest a fait état, relativement à l’art. 7, de l’application d’un « processus de pondération » dans lequel « il faut carrément tenir compte du contexte global ». À la page 835, il a reconnu l’existence possible de circonstances qui « peuvent vicier un arrêté d’extradition du point de vue constitutionnel ».

L’une des caractéristiques inhérentes du processus de pondération des arrêts *Kindler* et *Ng* est que le résultat peut très bien varier d’une affaire à l’autre, selon les facteurs contextuels mis en balance. Certains de ces facteurs seront très particuliers, notamment l’état mental du fugitif, alors que d’autres facteurs seront plus généraux, par exemple les difficultés — tant d’ordre pratique que philosophique — que soulève la peine de mort. Certains de ces facteurs ne changeront pas alors que d’autres évolueront avec le temps. L’issue du présent pourvoi dépend davantage des difficultés d’ordre pratique et philosophique que soulève la peine de mort elle-même, qui préoccupent de plus en plus les tribunaux et les législateurs du Canada, des États-Unis et d’ailleurs dans le monde, que de la situation particulière des intimés en l’espèce. Notre analyse aboutira à la conclusion que, sauf circonstances exceptionnelles, que nous nous abstenons d’essayer de prévoir, la Constitution exige les assurances prévues et ce dans tous les cas où la peine de mort risque d’être infligée.

Le ministre a examiné la présente affaire d’extradition en se servant du critère établi dans les arrêts *Kindler* et *Ng* et les affaires connexes. À la lumière de certaines expressions utilisées dans la

64

65

66

cluded that the possibility of the death penalty does not pose a situation that is “simply unacceptable” (*Allard, supra*, at p. 572), nor would surrender of the respondents without assurances “shoc[k] the conscience” of Canadians (*Schmidt, supra*, at p. 522; *Kindler, supra*, and *Ng, supra*) or violate “the Canadian sense of what is fair and right” (*per* McLachlin J. in *Kindler*, at p. 850). A similar pre-*Charter* formulation was applied in a death penalty case under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, where Laskin C.J. asked “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency” in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688.

jurisprudence, il a estimé, d’une part, que la possibilité que la peine de mort soit infligée ne crée pas une situation qui est « simplement inacceptable » (*Allard, précité*, p. 572), et, d’autre part, que la remise des intimés sans les assurances prévues n’aurait pas non plus pour effet de « choquer la conscience » des Canadiens (*Schmidt, précité*, p. 522; *Kindler* et *Ng, précités*) ni de porter atteinte « au sens de ce qui est juste et équitable au Canada » (*Kindler*, le juge McLachlin, p. 850). Un énoncé analogue, antérieur à l’adoption de la *Charte*, a été appliqué dans une affaire de peine de mort examinée au regard de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, où le juge en chef Laskin s’est demandé « si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688.

67

While we affirm that the “balancing process” set out in *Kindler* and *Ng* is the correct approach, the phrase “shocks the conscience” and equivalent expressions are not to be taken out of context or equated to opinion polls. The words were intended to underline the very exceptional nature of circumstances that would constitutionally limit the Minister’s decision in extradition cases. The words were not intended to signal an abdication by judges of their constitutional responsibilities in matters involving fundamental principles of justice. In this respect, Canadian courts share the duty described by President Arthur Chaskalson of the Constitutional Court of South Africa in declaring unconstitutional the death penalty in that country:

Bien que nous confirmions que le « processus de pondération » énoncé dans les arrêts *Kindler* et *Ng* soit la bonne approche, les mots « choc de la conscience » et autres expressions équivalentes ne doivent pas être pris hors contexte ni assimilés aux sondages d’opinion. Ces mots tendaient plutôt à souligner la nature très exceptionnelle de circonstances qui, sur le plan constitutionnel, limiteraient la portée de la décision du ministre dans les affaires d’extradition. Ils ne visaient pas à signaler l’abdication par les juges de leurs responsabilités constitutionnelles dans des affaires faisant intervenir des principes de justice fondamentale. À cet égard, les tribunaux canadiens ont eux aussi l’obligation qu’a décrite ainsi le président Arthur Chaskalson de la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud, lorsqu’il a déclaré la peine de mort inconstitutionnelle dans ce pays :

Public opinion may have some relevance to the enquiry, but, in itself, it is no substitute for the duty vested in the Courts to interpret the Constitution and to uphold its provisions without fear or favour. If public opinion were to be decisive, there would be no need for constitutional adjudication. The protection of rights could then be left to Parliament, which has a mandate from the public, and is answerable to the public for the way its mandate is exercised . . . The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and others who

[TRANSDUCTION] Il est possible que l’opinion publique ait une certaine pertinence pour l’enquête, mais elle ne peut en soi remplacer l’obligation qui incombe aux tribunaux d’interpréter la Constitution et de faire respecter ses dispositions sans crainte ni favoritisme. En effet, si l’opinion publique était le facteur décisif, il ne servirait à rien de former des litiges constitutionnels. La tâche de protéger les droits pourrait alors être laissée au Parlement, qui reçoit son mandat du public et qui répond devant celui-ci de la manière dont il s’en acquitte [. . .] La raison même pour laquelle on a établi un nouvel ordre juridique et investi les tribunaux du pouvoir de

cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled to claim this protection include the social outcasts and marginalised people of our society. It is only if there is a willingness to protect the worst and the weakest amongst us that all of us can be secure that our own rights will be protected.

(*S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, at para. 88)

Use of the “shocks the conscience” terminology was intended to convey the exceptional weight of a factor such as the youth, insanity, mental retardation or pregnancy of a fugitive which, because of its paramount importance, may control the outcome of the *Kindler* balancing test on the facts of a particular case. The terminology should not be allowed to obscure the ultimate assessment that is required: namely whether or not the extradition is in accordance with the principles of fundamental justice. The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience. The important inquiry is to determine what constitutes the applicable principles of fundamental justice in the extradition context.

The “shocks the conscience” language signals the possibility that even though the rights of the fugitive are to be considered in the context of other applicable principles of fundamental justice, which are normally of sufficient importance to uphold the extradition, a particular treatment or punishment may sufficiently violate our sense of fundamental justice as to tilt the balance against extradition. Examples might include stoning to death individuals taken in adultery, or lopping off the hands of a thief. The punishment is so extreme that it becomes the controlling issue in the extradition and overwhelms the rest of the analysis. The respondents contend that now, unlike perhaps in

contrôler toute mesure législative était de protéger les droits des membres des minorités et des autres individus qui ne sont pas en mesure de protéger adéquatement leurs droits dans le cadre du processus démocratique. Parmi les personnes qui peuvent se réclamer de cette protection, mentionnons celles que notre société a rejetées et marginalisées. Ce n'est que si nous sommes disposés à protéger les individus de la pire espèce ainsi que les plus faibles d'entre nous que nous pourrions tous être certains que nos propres droits seront protégés.

(*S. c. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, par. 88)

L'utilisation des mots « choc de la conscience » visait à souligner le poids exceptionnel de facteurs tels que la jeunesse, l'aliénation mentale, la déficience intellectuelle ou la grossesse du fugitif, facteurs qui, en raison de leur importance cruciale, peuvent déterminer l'issue du processus de pondération de l'arrêt *Kindler* eu égard aux faits d'une affaire donnée. Il ne faut pas laisser les mots utilisés obscurcir la question qui doit être tranchée en bout de ligne, soit celle de savoir si l'extradition est compatible avec les principes de justice fondamentale. La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience. Ce qu'il importe de déterminer, ce sont les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans le contexte de l'extradition.

Les mots « choc de la conscience » indiquent que, — bien que les droits du fugitif doivent être examinés au regard d'autres principes de justice fondamentale applicables qui sont en règle générale suffisamment importants pour justifier l'extradition —, il est possible qu'un traitement ou une peine donné viole notre sens de la justice fondamentale au point de faire pencher la balance à l'encontre de la décision d'extrader. On pourrait citer comme exemples des peines qui consisteraient à lapider des personnes adultères ou à trancher les mains des voleurs. Dans de tels cas, la peine est si extrême qu'elle devient un facteur déterminant dans la décision d'extrader ou non et qu'elle domine tous les autres aspects de l'analyse. Les intimés soutiennent qu'aujourd'hui, contrairement

68

69

1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, capital punishment is the issue.

7. *The Principles of Fundamental Justice Are to Be Found in “The Basic Tenets of Our Legal System”*

70 The content of the “principles of fundamental justice” was initially explored by Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of “principles of fundamental justice” is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

71 The distinction between “general public policy” on the one hand and “the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system” is of particular importance in a death penalty case. The broader aspects of the death penalty controversy, including the role of retribution and deterrence in society, and the view that capital punishment is inconsistent with the sanctity of human life, are embedded in the basic tenets of our legal system, but they also reflect philosophic positions informed by beliefs and social science evidence outside “the inherent domain of the judiciary”. The narrower aspects of the controversy are concerned with the investigation, prosecution, defence, appeal and sentencing of a person within the framework of the criminal law. They bear on the protection of the innocent, the avoidance of miscarriages of justice, and the rectification of miscarriages of justice where they are found to exist. These considerations are central to the preoccupation of the courts, and directly engage the responsibility of judges “as guardian[s] of the justice system”. We regard the present controversy in Canada and the United

peut-être à la situation qui régnait en 1991, lorsque les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus, la peine de mort est la question en cause.

7. *Les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique »*

La question du contenu des « principes de justice fondamentale » a d’abord été examinée par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503 :

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l’ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d’aborder l’interprétation de l’expression « principes de justice fondamentale » est conforme à la lettre et à l’économie de l’art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu’à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Nous soulignons.]

La distinction entre « l’ordre public en général » d’une part et le « pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » d’autre part revêt une importance particulière dans les affaires où la peine de mort est susceptible d’être infligée. Les aspects plus généraux de la controverse que suscite la peine de mort, y compris le rôle du châtement et de la dissuasion dans la société et le point de vue selon lequel la peine de mort est incompatible avec le caractère sacré de la vie humaine, font non seulement partie intégrante des préceptes fondamentaux de notre système juridique, mais ils reflètent également des positions reposant sur des convictions et des éléments de preuve fondés sur les sciences sociales qui ne relèvent pas du « pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire ». Les aspects plus étroits de la controverse touchent l’enquête, la poursuite, la défense, l’appel et la détermination de la peine dans le cadre du droit criminel. Ils visent à protéger les innocents ainsi qu’à prévenir les erreurs judiciaires et à corriger celles qui surviennent. Ces considérations sont au cœur du souci premier des

States over possible miscarriages of justice in murder convictions (discussed more fully below) as falling within the second category, and therefore as engaging the special responsibility of the judiciary for the protection of the innocent.

8. *Factors that Arguably Favour Extradition Without Assurances*

Within this overall approach, a number of the “basic tenets of our legal system” relevant to this appeal may be found in previous extradition cases:

- that individuals accused of a crime should be brought to trial to determine the truth of the charges (see *Cotroni, supra*, at pp. 1487 and 1495), the concern in this case being that if assurances are sought and refused, the Canadian government could face the possibility that the respondents might avoid a trial altogether;

- that justice is best served by a trial in the jurisdiction where the crime was allegedly committed and the harmful impact felt (*Mellino, supra*, at pp. 555 and 558; *Idziak, supra*, at p. 662; and see *Cotroni, supra*, at p. 1488);

- that individuals who choose to leave Canada leave behind Canadian law and procedures and must generally accept the local law, procedure and punishments which the foreign state applies to its own residents. As Wilson J., dissenting in the result in *Cotroni, supra*, stated at p. 1510: “A Canadian citizen who leaves Canada for another state must expect that he will be answerable to the justice system of that state in respect of his conduct there”. See also *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 50; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 24; *Schreiber v.*

tribunaux et font directement intervenir la responsabilité des juges « en tant que gardien[s] du système judiciaire ». Nous estimons que la controverse qui a cours actuellement au Canada et aux États-Unis relativement à la possibilité que des erreurs judiciaires entachent des déclarations de culpabilité pour meurtre (question qui est examinée plus en profondeur plus loin) relève de la deuxième catégorie et, en conséquence, fait intervenir la responsabilité particulière qu’a l’appareil judiciaire de protéger les innocents.

8. *Les principes de justice fondamentale qui, peut-on soutenir, militent en faveur de l’extradition sans les assurances prévues*

Dans le contexte de cette approche globale, un certain nombre des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » pertinents dans le cadre du présent pourvoi peuvent être dégagés d’autres affaires d’extradition :

- Le principe selon lequel les personnes accusées d’un crime doivent être traduites en justice pour qu’il soit statué sur la véracité des accusations pesant contre elles (voir *Cotroni*, précité, p. 1487 et 1495), la crainte en l’espèce étant que, si des assurances sont demandées et refusées, le gouvernement canadien pourrait voir les intimés éviter tout procès.

- Le principe selon lequel les intérêts de la justice sont mieux servis par la tenue du procès dans le ressort où le crime aurait été commis et où les effets préjudiciables se seraient fait sentir (*Mellino*, précité, p. 555 et 558; *Idziak*, précité, p. 662; et voir *Cotroni*, précité, p. 1488).

- Le principe selon lequel les personnes qui décident de quitter le Canada laissent derrière elles le droit canadien et ses procédures et doivent généralement accepter les lois, procédures et peines que l’État étranger où elles se trouvent applique à ses propres citoyens. Comme l’a dit le juge Wilson, dissident quant au résultat dans *Cotroni*, p. 1510 : « Un citoyen canadien qui se rend dans un autre État doit s’attendre à devoir répondre de sa conduite là-bas devant la justice de cet État ». Voir également *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 50; *R. c. Terry*, [1996]

Canada (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 23, *per* Lamer C.J.; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), at p. 535, *per* Taylor J.A.;

- that extradition is based on the principles of comity and fairness to other cooperating states in rendering mutual assistance in bringing fugitives to justice (*Mellino, supra*, at p. 551; and see *Idziak, supra*, at p. 663); subject to the principle that the fugitive must be able to receive a fair trial in the requesting state (*Mellino, supra*, at p. 558; *Allard, supra*, at p. 571).

2 R.C.S. 207, par. 24; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 23, le juge en chef Lamer; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), p. 535, le juge Taylor.

- Le principe selon lequel l'extradition est fondée sur les principes de courtoisie et d'équité envers les autres États qui collaborent afin de traduire en justice les fugitifs (*Mellino, précité*, p. 551; voir également *Idziak, précité*, p. 663); sous réserve du principe que le fugitif doit pouvoir compter sur un procès équitable dans l'État requérant (*Mellino, précité*, p. 558; *Allard, précité*, p. 571).

73

A state seeking Canadian cooperation today may be asked to yield up a fugitive tomorrow. The extradition treaty is part of an international network of mutual assistance that enables states to deal both with crimes in their own jurisdiction and transnational crimes with elements that occur in more than one jurisdiction. Given the ease of movement of people and things from state to state, Canada needs the help of the international community to fight serious crime within our own borders. Some of the states from whom we seek cooperation may not share our constitutional values. Their cooperation is nevertheless important. The Minister points out that Canada satisfies itself that certain minimum standards of criminal justice exist in the foreign state before it makes an extradition treaty in the first place.

L'État qui sollicite la coopération du Canada aujourd'hui pourrait se voir demander de livrer un fugitif demain. Le traité d'extradition est une composante d'un réseau international d'entraide qui permet aux États de lutter contre les crimes commis sur leur propre territoire et contre les crimes transnationaux qui comportent des éléments survenant dans divers pays. Vu la facilité avec laquelle les personnes et les choses circulent d'un État à l'autre, le Canada a besoin de l'aide de la communauté internationale pour lutter contre les crimes graves commis à l'intérieur de ses propres frontières. Il est possible que certains des États dont nous demandons la coopération ne partagent pas nos valeurs constitutionnelles. Cependant, leur collaboration n'en demeure pas moins importante. Le ministre souligne que, comme condition préalable à la conclusion d'un traité d'extradition avec un État étranger, le Canada s'assure d'abord que certaines normes minimales de la justice criminelle sont respectées dans cet État.

74

The Minister argues, very fairly, that expressions of judicial deference to ministerial extradition decisions extend in an unbroken line from *Schmidt* to *Kindler*. Such deference, taken together with the proposition that an individual (including a Canadian) who commits crimes in another state "must expect [to be] answerable to the justice system of that state in respect of his conduct there" (*Cotroni, supra*, at p. 1510), provides a sufficient basis, the Minister says, for upholding the extradition without assurances.

La ministre affirme, à très juste titre, que depuis l'arrêt *Schmidt* jusqu'à l'arrêt *Kindler* les tribunaux ont invariablement fait montre de déférence envers les décisions ministérielles en matière d'extradition. De dire la ministre, cette déférence conjuguée à la proposition que la personne (y compris un Canadien) qui commet des crimes dans un autre État « doit s'attendre à devoir répondre de sa conduite là-bas devant la justice de cet État » (*Cotroni, précité*, p. 1510), est suffisante pour justifier l'extradition sans les assurances prévues.

9. *Countervailing Factors that Arguably Favour Extradition Only with Assurances*

We now turn to the factors that appear to weigh against extradition without assurances that the death penalty will not be imposed.

(a) Principles of Criminal Justice as Applied in Canada

The death penalty has been rejected as an acceptable element of criminal justice by the Canadian people, speaking through their elected federal representatives, after years of protracted debate. Canada has not executed anyone since 1962. Parliament abolished the last legal vestiges of the death penalty in 1998 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35) some seven years after the decisions of this Court in *Kindler* and *Ng*. In his letter to the respondents, the Minister of Justice emphasized that “in Canada, Parliament has decided that capital punishment is not an appropriate penalty for crimes committed here, and I am firmly committed to that position.”

While government policy at any particular moment may or may not be consistent with principles of fundamental justice, the fact that successive governments and Parliaments over a period of almost 40 years have refused to inflict the death penalty reflects, we believe, a fundamental Canadian principle about the appropriate limits of the criminal justice system.

We are not called upon in this appeal to determine whether capital punishment would, if authorized by the Canadian Parliament, violate s. 12 of the *Charter* (“cruel and unusual treatment or punishment”), and if so in what circumstances. It is, however, incontestable that capital punishment, whether or not it violates s. 12 of the *Charter*, and whether or not it could be upheld under s. 1, engages the underlying values of the prohibition

9. *Les facteurs opposés qui, peut-on soutenir, militent en faveur de l’extradition seulement si elle est assortie des assurances prévues*

Nous allons maintenant examiner les facteurs qui semblent militer à l’encontre de l’extradition sans la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée.

a) Les principes de justice criminelle tels qu’ils sont appliqués au Canada

La population canadienne, s’exprimant par la voix de ses députés fédéraux après des années de très longs débats, a rejeté la peine de mort en tant qu’aspect acceptable de la justice criminelle. Le Canada n’a exécuté personne depuis 1962. En 1998, le législateur fédéral a supprimé de ses textes de loi les derniers vestiges de la peine de mort (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35), soit sept années environ après les arrêts *Kindler* et *Ng* de notre Cour. Dans sa lettre aux intimés, le ministre de la Justice a souligné le fait que, [TRANSCRIPTION] « au Canada, le législateur fédéral a décidé que la peine de mort ne constituait pas une peine convenable pour sanctionner les crimes commis dans notre pays, et je souscris pleinement à ce point de vue ».

Bien que, à un moment ou à un autre, la politique gouvernementale puisse être compatible ou incompatible avec des principes de justice fondamentale, le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédé au cours d’une période de presque 40 ans aient refusé d’infliger la peine de mort reflète, selon nous, un principe canadien fondamental quant aux limites appropriées du système de justice criminelle.

Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas appelés à déterminer si, à supposer qu’elle serait autorisée par le Parlement canadien, la peine de mort violerait l’art. 12 de la *Charte* (« peines cruelles et inusitées ») et si oui dans quelles circonstances. Il est cependant indéniable que la peine capitale — qu’elle viole ou non l’art. 12 de la *Charte* et qu’elle puisse ou non être justifiée au regard de l’article premier — fait intervenir les

75

76

77

78

against cruel and unusual punishment. It is final. It is irreversible. Its imposition has been described as arbitrary. Its deterrent value has been doubted. Its implementation necessarily causes psychological and physical suffering. It has been rejected by the Canadian Parliament for offences committed within Canada. Its potential imposition in this case is thus a factor that weighs against extradition without assurances.

(b) The Abolition of the Death Penalty Has Emerged as a Major Canadian Initiative at the International Level, and Reflects a Concern Increasingly Shared by Most of the World's Democracies

79 In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. expressly recognized that international law and opinion is of use to the courts in elucidating the scope of fundamental justice, at p. 512:

[Principles of fundamental justice] represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

80 Dickson C.J. made a similar observation in *Slaight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57:

... Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights. [Emphasis added.]

Further in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348, Dickson C.J. stated:

The various sources of international human rights law — declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms — must, in my opinion, be relevant and

valeurs qui sont à la base de l'interdiction des peines cruelles et inusitées. Elle a un caractère définitif. Elle est irréversible. Son infliction a été qualifiée d'arbitraire. Sa valeur dissuasive est mise en doute. Son exécution cause nécessairement des souffrances physiques et psychologiques. Elle a été rejetée par le Parlement canadien pour les infractions commises au Canada. Le fait qu'elle risque d'être infligée en l'espèce est donc un facteur qui milite à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues.

b) L'abolition de la peine de mort est l'objet d'une importante initiative canadienne à l'échelle internationale et reflète une préoccupation croissante en matière de justice dans la plupart des démocraties

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 512, le juge Lamer a expressément reconnu que le droit international et l'opinion internationale sont utiles aux tribunaux pour déterminer la nature de la justice fondamentale :

[Les principes de justice fondamentale] représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

Le juge en chef Dickson a fait une observation analogue dans *Slaight Communications*, précité, p. 1056-1057 :

... les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. [Nous soulignons.]

En outre, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348, le juge en chef Dickson a dit ceci :

Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières —

persuasive sources for interpretation of the *Charter's* provisions.

See also *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 750 and 790-91.

Although this particular appeal arises in the context of Canada's bilateral extradition arrangements with the United States, it is properly considered in the broader context of international relations generally, including Canada's multilateral efforts to bring about change in extradition arrangements where fugitives may face the death penalty, and Canada's advocacy at the international level of the abolition of the death penalty itself.

(i) *International Initiatives Opposing Extradition Without Assurances*

A provision for assurances is found in the extradition arrangements of countries other than Canada and the United States. Article 11 of the Council of Europe's *European Convention on Extradition*, Eur. T.S. No. 24, signed December 13, 1957, is virtually identical to Article 6 of the Canada-U.S. treaty. To the same effect is Article 4(d) of the *Model Treaty on Extradition* passed by the General Assembly of the United Nations in December 1990 which states that extradition may be refused:

(d) If the offence for which extradition is requested carries the death penalty under the law of the requesting State, unless that State gives such assurance as the requested State considers sufficient that the death penalty will not be imposed or, if imposed, will not be carried out;

We are told that from 1991 onwards Article 4(d) has gained increasing acceptance in state practice. Amnesty International submitted that Canada currently is the only country in the world, to its knowledge, that has abolished the death penalty at home but continues to extradite without assurances to face the death penalty abroad. Counsel for the

doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

Voir également *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 750 et 790-791.

Bien que le présent pourvoi se soulève dans le contexte des arrangements bilatéraux d'extradition entre le Canada et les États-Unis, il est à juste titre examiné dans le contexte plus large des relations internationales en général, y compris les initiatives multilatérales auxquelles participe le Canada en vue de la modification des arrangements en matière d'extradition pour tenir compte du cas des fugitifs recherchés par des pays où ils risquent la peine de mort, et le fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même.

(i) *Initiatives internationales dénonçant les extraditions non assorties des assurances prévues*

Des arrangements en matière d'extradition conclus par d'autres pays que le Canada et les États-Unis comportent également des dispositions concernant les assurances relatives à la peine de mort. L'article 11 de la *Convention européenne d'extradition* du Conseil de l'Europe, S.T.E. n° 24, qui a été signée le 13 décembre 1957, est pratiquement identique à l'article 6 du traité Canada-É.-U. Une disposition au même effet est l'al. 4d) du *Traité type d'extradition* adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1990, qui précise que l'extradition peut être refusée :

d) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est punie de mort dans l'État requérant, sauf si celui-ci donne à l'État requis des assurances suffisantes à l'effet que la peine de mort ne sera pas prononcée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée;

On nous informe que, depuis 1991, l'al. 4d) est de plus en plus accepté en pratique par les États. Amnesty Internationale a affirmé que, autant qu'elle sache, le Canada est présentement le seul État au monde qui, même s'il a aboli la peine de mort sur son territoire, continue d'extrader des individus vers des pays où ils sont passibles d'une

81

82

83

Minister, while not conceding the point, did not refer us to any evidence of state practice to contradict this assertion.

telle peine sans demander les assurances prévues. Quoiqu'il n'ait pas concédé ce point, l'avocat de la ministre ne nous a soumis aucun élément de preuve faisant état de pratiques, par des États, qui réfuterait cette affirmation.

84

The United Nations Commission on Human Rights Resolutions 1999/61 (adopted April 28, 1999) and 2000/65 (adopted April 27, 2000) call for the abolition of the death penalty, and in terms of extradition state that the Commission

Les résolutions 1999/61 (adoptée le 28 avril 1999) et 2000/65 (adoptée le 27 avril 2000) de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies engagent à l'abolition de la peine de mort, mais en ce qui concerne l'extradition elles précisent que la Commission

[r]equests States that have received a request for extradition on a capital charge to reserve explicitly the right to refuse extradition in the absence of effective assurances from relevant authorities of the requesting State that capital punishment will not be carried out;

[p]rie les États qui ont reçu une demande d'extradition concernant une personne qui encourt la peine de mort de se réserver explicitement le droit de refuser l'extradition s'ils ne reçoivent pas des autorités compétentes de l'État demandeur des assurances concrètes que la peine capitale ne sera pas appliquée.

Canada supported these initiatives. When they are combined with other examples of Canada's international advocacy of the abolition of the death penalty itself, as described below, it is difficult to avoid the conclusion that in the Canadian view of fundamental justice, capital punishment is unjust and it should be stopped.

Le Canada a appuyé ces initiatives. Lorsque l'on tient compte de ces initiatives et du fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même, comme on le verra plus loin, il est difficile de faire autrement que de conclure que, selon la vision canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale est injuste et devrait être abolie.

(ii) *International Initiatives to Abolish the Death Penalty*

(ii) *Initiatives internationales préconisant l'abolition de la peine de mort*

85

As stated, there have been important initiatives within the international community denouncing the death penalty, with the government of Canada often in the forefront. These include: *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/1997/60, at para. 79; *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/51/457, at para. 145; United Nations Commission on Human Rights Resolutions 1997/12 (Canada voted in favour), 1998/8 (Canada sponsored the resolution and voted in favour), and 1999/61 and 2000/65 (discussed, *supra*). In this connection, Canada's representative is reported as stating to the Commission as follows:

Comme il a été mentionné plus tôt, d'importantes mesures dénonçant la peine de mort ont été prises à l'échelle internationale, le gouvernement canadien jouant souvent un rôle de premier plan à cet égard. Parmi ces mesures, mentionnons les suivantes : *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Rapport présenté par le Rapporteur spécial*, Doc. N.U. E/CN.4/1997/60, par. 79; *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/51/457, par. 145; résolutions de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies 1997/12 (le Canada a voté en faveur), 1998/8 (le Canada a parrainé la résolution et voté en sa faveur), 1999/61 et 2000/65 (examinées plus tôt). À cet égard, le représentant du Canada aurait affirmé ce qui suit à la Commission :

Suggestions that national legal systems needed merely to take into account international laws was inconsistent with international legal principles. National legal systems should make sure they were in compliance with international laws and rights, in particular when it came to the right to life.

(Press Release HR/CN/788 (April 7, 1997))

See also resolutions adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (Resolution 1044 (1994)) and the European Parliament (resolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 and 0542/97 (1997)) calling on all countries to abolish the death penalty, and the declaration of June 29, 1998 of the European Union's General Affairs Council stating that: "The [European Union] will work towards the universal abolition of the death penalty as a strongly held policy now agreed by all [European Union] Member States".

Abolition is also the policy of the *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, G.A. Res. 44/128 (December 15, 1989) (in force in 1991); Canada's position is still being given "careful consideration": U.N. Doc. A/46/40, at paras. 64-65, and see generally W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2nd ed. 1997), at p. 176; the *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty* (1990) (Organization of American States), 29 *I.L.M.* 1447; and *Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty* (the Council of Europe), Eur. T.S. No. 114, which contain similar prohibitions on state parties to those Protocols. A significant number of countries have signed or ratified the latter Protocol since *Kindler* and *Ng* were decided: see Council of Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (May 1999), at pp. 169-84.

[TRANSDUCTION] La suggestion voulant qu'il suffise que les systèmes juridiques nationaux aient pris en compte le droit international est incompatible avec les principes juridiques internationaux. Les systèmes juridiques nationaux doivent veiller à se conformer aux règles du droit international et aux droits reconnus par celui-ci, particulièrement le droit à la vie.

(Communiqué de presse HR/CN/788 (7 avril 1997))

Voir également les résolutions adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (résolution 1044 (1994)) et le Parlement européen (résolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 et 0542/97 (1997)) qui engagent tous les pays à abolir la peine de mort, et la déclaration suivante, datée du 29 juin 1998, du conseil des affaires générales de l'Union européenne : « L'Union européenne oeuvrera en faveur de l'abolition universelle de la peine de mort, objectif politique résolument poursuivi à présent par tous les États membres de l'Union européenne ».

86

L'abolition de la peine de mort est également la politique préconisée dans le *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989) (entré en vigueur en 1991); le Canada est encore à « étudier [er] [. . .] attentivement » sa position : Doc. N.U. A/46/40, par. 64-65, et voir, de façon générale, W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2^e éd. 1997), p. 176), le *Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort* (1990) (Organisation des États américains), et le *Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort* (le Conseil de l'Europe), S.T.E. n° 114, qui contiennent des interdictions similaires applicables aux États parties à ces protocoles. Un nombre appréciable de pays ont ratifié ou signé ce dernier protocole depuis les arrêts *Kindler* et *Ng* : voir Conseil de l'Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (mai 1999), p. 169-184.

87

88 It is noteworthy that the United Nations Security Council excluded the death penalty from the punishments available to the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (Resolution 827, May 25, 1993) and for Rwanda (Resolution 955, November 8, 1994), despite the heinous nature of the crimes alleged against the accused individuals. This exclusion was affirmed in the Rome Statute of the International Criminal Court, signed on December 18, 1998 and ratified on July 7, 2000 by Canada.

89 This evidence does not establish an international law norm against the death penalty, or against extradition to face the death penalty. It does show, however, significant movement towards acceptance internationally of a principle of fundamental justice that Canada has already adopted internally, namely the abolition of capital punishment.

(iii) *State Practice Increasingly Favours Abolition of the Death Penalty*

90 State practice is frequently taken as reflecting underlying legal principles. To the extent this is true in the criminal justice field, it must be noted that since *Kindler* and *Ng* were decided in 1991, a greater number of countries have become abolitionist.

91 Amnesty International reports that in 1948, the year in which the Universal Declaration of Human Rights was adopted, only eight countries were abolitionist. In January 1998, the Secretary-General of the United Nations, in a report submitted to the Commission on Human Rights (U.N. Doc. E/CN.4/1998/82), noted that 90 countries retained the death penalty, while 61 were totally abolitionist, 14 (including Canada at the time) were classified as abolitionist for ordinary crimes and 27 were considered to be abolitionist *de facto* (no executions for the past 10 years) for a total of 102 abolitionist countries. At the present time, it appears that the death penalty is now abolished (apart from exceptional offences such as treason) in 108 countries. These general statistics mask the

Il convient de souligner que le Conseil de sécurité des Nations Unies a exclu la peine de mort des peines pouvant être infligées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (résolution 827, 25 mai 1993) et par le tribunal pénal international pour le Rwanda (résolution 955, 8 novembre 1994), et ce malgré la nature odieuse des crimes reprochés aux personnes accusées. Cette exclusion a été confirmée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que le Canada a signé le 18 décembre 1998 et ratifié le 7 juillet 2000.

Ces éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine. Cependant, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale.

(iii) *La pratique des États milite de plus en plus en faveur de l'abolition de la peine de mort*

On considère souvent que la pratique des États reflète les principes juridiques qui la sous-tendent. Dans la mesure où on peut en dire autant du système de justice criminelle, il importe de souligner que, depuis les arrêts *Kindler* et *Ng* en 1991, un nombre plus grand de pays sont devenus abolitionnistes.

Amnistie Internationale signale que, en 1948, année de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, seulement huit pays étaient abolitionnistes. En janvier 1998, dans un rapport présenté à la Commission des droits de l'homme (Doc. N.U. E/CN.4/1998/82), le Secrétaire général des Nations Unies a souligné que 90 pays conservaient la peine de mort, tandis que 61 étaient totalement abolitionnistes, que 14 (incluant le Canada à l'époque) étaient qualifiés d'abolitionnistes pour les crimes de droit commun et que 27 étaient considérés comme abolitionnistes *de facto* (aucune exécution depuis au moins dix ans), ce qui donne un total de 102 pays abolitionnistes. À l'heure actuelle, la peine de mort paraît avoir été abolie (sauf infractions exceptionnelles telle la trahison)

important point that abolitionist states include all of the major democracies except some of the United States, India and Japan (“Dead Man Walking Out”, *The Economist*, June 10-16, 2000, at p. 21). According to statistics filed by Amnesty International on this appeal, 85 percent of the world’s executions in 1999 were accounted for by only five countries: the United States, China, the Congo, Saudi Arabia and Iran.

The existence of an international trend against the death penalty is useful in testing our values against those of comparable jurisdictions. This trend against the death penalty supports some relevant conclusions. First, criminal justice, according to international standards, is moving in the direction of abolition of the death penalty. Second, the trend is more pronounced among democratic states with systems of criminal justice comparable to our own. The United States (or those parts of it that have retained the death penalty) is the exception, although of course it is an important exception. Third, the trend to abolition in the democracies, particularly the Western democracies, mirrors and perhaps corroborates the principles of fundamental justice that led to the rejection of the death penalty in Canada.

(c) Almost All Jurisdictions Treat Some Personal Characteristics of the Fugitive as Mitigating Factors in Death Penalty Cases

Examples of potential mitigating factors include youth, insanity, mental retardation and pregnancy. In this case, the respondents rely on the fact that at the time of the crime they were 18. Article 6(5) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada is a party, prohibits the execution of individuals who were under the age of 18 at the time of the commission of the offence. Article 37(a) of the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, states a similar proposition. Section 47 of

dans 108 pays. Ces statistiques générales ne font toutefois pas ressortir le fait important que, parmi les pays abolitionnistes, on compte toutes les grandes démocraties, sauf certains États des États-Unis ainsi que l’Inde et le Japon (« Dead Man Walking Out », *The Economist*, 10-16 juin 2000, p. 21). Selon les statistiques déposées par Amnesty Internationale dans le présent pourvoi, cinq pays comptaient à eux seuls pour 85 pour 100 des exécutions qui ont eu lieu dans le monde en 1999, soit les États-Unis, la Chine, le Congo, l’Arabie saoudite et l’Iran.

L’existence d’une tendance internationale favorable à l’abolition de la peine de mort est utile pour apprécier nos valeurs par rapport à celles d’États comparables au Canada. Cette tendance étaye certaines conclusions pertinentes. Premièrement, suivant les normes internationales, la justice criminelle tend vers l’abolition de la peine de mort. Deuxièmement, cette tendance est plus marquée dans les États démocratiques dotés d’un système de justice criminelle comparable au nôtre. Les États-Unis (ou plus précisément les parties des États-Unis qui maintiennent la peine de mort) constituent l’exception, quoiqu’il s’agisse évidemment d’une exception importante. Troisièmement, la tendance abolitionniste qui se manifeste dans les démocraties, en particulier les démocraties occidentales, reflète et vient peut-être même corroborer les principes de justice fondamentale qui ont mené à l’abolition de la peine de mort au Canada.

c) Pratiquement tous les États considèrent certaines caractéristiques personnelles des fugitifs comme des facteurs atténuants dans les affaires de peine de mort

Parmi les exemples de facteurs atténuants potentiels, mentionnons la jeunesse, l’aliénation mentale, la déficience intellectuelle et la grossesse. En l’espèce, les intimés invoquent le fait qu’ils étaient âgés de 18 ans au moment du crime. Le paragraphe 6(5) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, auquel le Canada a adhéré, interdit l’exécution de personnes qui avaient moins de 18 ans à l’époque où l’infraction a été commise. L’alinéa 37a) de la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3,

the new *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, permits the Minister in certain circumstances to refuse to surrender persons who were under 18 at the time of the offence. Canada's ratification of these international instruments, and the language of the new *Extradition Act*, support the conclusion that some degree of leniency for youth is an accepted value in the administration of justice. Section 10.95.070 of the Revised Code of Washington recognizes youth as a potential mitigating factor against imposition of the death penalty. The respondents, at 18 years of age, had just passed the borderline from ineligibility to eligibility for the death penalty in Washington State. It is worth noting that only 16 of the 38 retentionist states of the United States have an age limitation of 18 years, another 5 have chosen 17, while the others use 16 by law or judicial interpretation. It is correct that Canada would hold the respondents fully responsible for their actions under the *Criminal Code*, but Canada is an abolitionist country. The relative youth of the respondents at the time of the offence does constitute a mitigating circumstance in this case, although it must be said, a factor of limited weight.

(d) Other Factors

94

Other factors that weigh against extradition without assurances include the growing awareness of the rate of wrongful convictions in murder cases, and concerns about the "death row phenomenon", aptly described by Lord Griffiths in *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769 (P.C.), at p. 783:

There is an instinctive revulsion against the prospect of hanging a man after he has been held under sentence of death for many years. What gives rise to this instinctive revulsion? The answer can only be our humanity:

contient une proposition similaire. L'article 47 de la nouvelle *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, permet au ministre de refuser, dans certaines circonstances, d'extrader des personnes qui avaient moins de 18 ans à l'époque où l'infraction a été commise. La ratification par le Canada de ces instruments internationaux et le texte de la nouvelle *Loi sur l'extradition* étayent la conclusion qu'un certain degré de clémence envers les jeunes accusés est une valeur acceptée dans l'administration de la justice. L'article 10.95.070 du Revised Code of Washington reconnaît que la jeunesse du contrevenant peut constituer un facteur atténuant militant contre l'infliction de la peine de mort. Les intimés, qui avaient 18 ans à l'époque pertinente, venaient tout juste de devenir assujettis à la peine de mort dans l'État de Washington. Il importe de souligner que, aux États-Unis, seulement 16 des 38 États qui appliquent encore la peine de mort ont fixé à 18 ans l'âge minimal d'assujettissement à cette peine et que 5 États l'ont fixée à 17 ans, alors que dans les autres États favorables au maintien de la peine de mort l'âge minimal est fixé à 16 ans soit aux termes de la loi soit par suite d'une interprétation judiciaire. Il est vrai que, suivant le *Code criminel*, les intimés seraient considérés pleinement responsables de leurs actes au Canada, mais le Canada est un pays abolitionniste. La relative jeunesse des intimés au moment des infractions constitue effectivement une circonstance atténuante en l'espèce, bien qu'il s'agisse, faut-il ajouter, d'un facteur dont le poids est limité.

d) Autres facteurs

Parmi les autres facteurs qui militent à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues, mentionnons la sensibilisation de plus en plus grande au taux de déclarations de culpabilité erronées dans les affaires de meurtre ainsi que les inquiétudes que soulève le « syndrome du couloir de la mort » et que lord Griffiths a judicieusement décrites ainsi dans *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769 (P.C.), p. 783 :

[TRADUCTION] On éprouve instinctivement de la revulsion envers l'idée de pendre un homme qui a été détenu pendant de nombreuses années après sa condamnation à mort. Qu'est-ce qui suscite cette revulsion ins-

we regard it as an inhuman act to keep a man facing the agony of execution over a long extended period of time.

As these factors call for extended treatment, they will be dealt with separately under the headings which follow.

10. *An Accelerating Concern About Potential Wrongful Convictions Is a Factor of Increased Weight Since Kindler and Ng Were Decided*

The avoidance of conviction and punishment of the innocent has long been in the forefront of “the basic tenets of our legal system”. It is reflected in the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter* and in the elaborate rules governing the collection and presentation of evidence, fair trial procedures, and the availability of appeals. The possibility of miscarriages of justice in murder cases has long been recognized as a legitimate objection to the death penalty, but our state of knowledge of the scope of this potential problem has grown to unanticipated and unprecedented proportions in the years since *Kindler* and *Ng* were decided. This expanding awareness compels increased recognition of the fact that the extradition decision of a Canadian Minister could pave the way, however unintentionally, to sending an innocent individual to his or her death in a foreign jurisdiction.

(a) The Canadian Experience

Our concern begins at home. There have been well-publicized recent instances of miscarriages of justice in murder cases in Canada. Fortunately, because of the abolition of the death penalty, meaningful remedies for wrongful conviction are still possible in this country.

The first of a disturbing Canadian series of wrongful murder convictions, whose ramifications were still being worked out when *Kindler* and *Ng* were decided, involved Donald Marshall, Jr. He

tinctive? La réponse ne peut être que notre humanité : nous considérons qu’il est inhumain de prolonger l’agonie d’un homme qui attend son exécution pendant une longue période.

Comme tous ces facteurs commandent un examen approfondi, nous les examinerons à tour de rôle sous les rubriques qui suivent.

10. *La crainte grandissante à l’égard du risque de déclaration de culpabilité erronée est un facteur de plus en plus important depuis les arrêts Kindler et Ng*

Le désir d’éviter que des innocents soient déclarés coupables et punis est depuis longtemps à l’avant plan des « préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Cela se reflète dans la présomption d’innocence prévue à l’al. 11d) de la *Charte*, ainsi que dans les règles détaillées régissant la façon de recueillir la preuve et de la présenter, les règles de procédure visant à assurer un procès équitable et l’existence d’appels. Le risque d’erreur judiciaire dans les affaires de meurtre est depuis longtemps reconnu comme une objection légitime à la peine de mort, mais nos connaissances sur l’ampleur de ce problème potentiel ont augmenté à un rythme inattendu et sans précédent au cours des années qui ont suivi les arrêts *Kindler* et *Ng*. Cette sensibilisation grandissante à cette question appelle à une plus grande reconnaissance du fait que la décision d’un ministre canadien d’extrader une personne pourrait aboutir — même si ce n’est pas là l’intention du ministre — à l’exécution d’un innocent dans un pays étranger.

a) L’expérience canadienne

Voyons d’abord ce qui se passe au Canada. Récemment au Canada, certaines erreurs judiciaires survenues dans des affaires de meurtre ont été fortement médiatisées. Heureusement, en raison de l’abolition de la peine de mort, il est toujours possible d’accorder une réparation utile en cas de déclaration de culpabilité erronée.

La première d’une troublante série de déclarations de culpabilité erronées pour meurtre au Canada — dont on n’avait pas encore déterminé toutes les incidences lorsque les affaires *Kindler* et

95

96

97

was convicted in 1971 of murder by a Nova Scotia jury. He served 11 years of his sentence. He was eventually acquitted by the courts on the basis of new evidence. In 1989 he was exonerated by a Royal Commission which stated that:

The criminal justice system failed Donald Marshall, Jr. at virtually every turn from his arrest and wrongful conviction for murder in 1971 up to, and even beyond, his acquittal by the Court of Appeal in 1983. The tragedy of the failure is compounded by evidence that this miscarriage of justice could — and should — have been prevented, or at least corrected quickly, if those involved in the system had carried out their duties in a professional and/or competent manner. That they did not is due, in part at least, to the fact that Donald Marshall, Jr. is a Native.

(Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Digest of Findings and Recommendations* (1989), at p. 1)

In June 1990, a further commission of inquiry recommended that Marshall receive a compensation package consisting, among other things, of a payment for pain and suffering and monthly annuity payments guaranteed over a minimum period of 30 years, at the end of which he will have received in excess of \$1 million. The miscarriage of justice in his case was known at the time *Kindler* and *Ng* were decided. What was not known was the number of other instances of miscarriages of justice in murder cases that would surface in subsequent years in both Canada and the United States.

98

In 1970, David Milgaard was convicted of murder by a Saskatchewan jury and sentenced to life imprisonment. He served almost 23 years in jail. On two occasions separated by almost 22 years, it was held by Canadian courts that Milgaard was given the benefit of a fair trial, initially by the Saskatchewan Court of Appeal in January 1971 in *R. v. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, leave to appeal refused (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n, and subsequently by this Court in *Reference re*

Ng ont été décidées — est celle de Donald Marshall, Jr., qui, en 1971, a été reconnu coupable de meurtre par un jury en Nouvelle-Écosse. Après avoir purgé 11 ans de sa peine, il a finalement été acquitté par les tribunaux sur la foi de nouveaux éléments de preuve. En 1989, il a été innocenté par une commission d'enquête parlementaire qui a déclaré ceci :

[TRADUCTION] Le système de justice criminelle a failli à son devoir envers Donald Marshall Jr. pratiquement à toutes les étapes, de son arrestation et sa déclaration de culpabilité erronée pour meurtre en 1971, jusqu'à son acquittement par la Cour d'appel en 1983 et même par la suite. Le caractère tragique de ces manquements est exacerbé par la preuve que cette erreur judiciaire aurait pu — et aurait dû — être empêchée, ou à tout le moins corrigée rapidement, si les divers intervenants du système s'étaient acquittés de leurs tâches d'une manière plus compétente, professionnelle ou les deux. S'ils ne l'ont pas fait, c'est, en partie du moins, en raison du fait que Donald Marshall Jr. est un Autochtone.

(Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Digest of Findings and Recommendations* (1989), p. 1)

En juin 1990, une autre commission d'enquête a recommandé que soient accordées à Marshall un ensemble de mesures compensatoires, dont une somme au titre de la douleur et des souffrances ainsi que des versements mensuels garantis pendant une période d'au moins 30 ans, période au terme de laquelle il aura reçu au moins un million \$. L'erreur judiciaire dont il a été victime était connue lorsque les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus. Ce qu'on ne savait pas, toutefois, c'est le nombre d'erreurs judiciaires touchant des affaires de meurtres qui seraient mises au jour au cours des années subséquentes au Canada et aux États-Unis.

En 1970, David Milgaard a été déclaré coupable de meurtre par un jury en Saskatchewan et condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il a passé près de 23 ans en prison. À deux reprises, à presque 22 ans d'intervalle, des tribunaux canadiens ont jugé que Milgaard avait eu droit à un procès équitable, d'abord la Cour d'appel de la Saskatchewan, en janvier 1970, dans *R. c. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n, puis notre Cour dans

Milgaard (Can.), [1992] 1 S.C.R. 866. There was no probative evidence that the police had acted improperly in the investigation or in their interviews with any of the witnesses, and no evidence that there had been inadequate disclosure in accordance with the practice prevailing at the time. Milgaard was represented by able and experienced counsel. No serious error in law or procedure occurred at the trial. Notwithstanding the fact that the conviction for murder followed a fair trial, new evidence surfaced years later. This Court, on a special reference, considered that “[t]he continued conviction of Milgaard would amount to a miscarriage of justice if an opportunity was not provided for a jury to consider the fresh evidence” (p. 873). In 1994, Milgaard commenced proceedings against the Government of Saskatchewan for wrongful conviction and in 1995 he sued the provincial Attorney General personally after the latter had told the media he believed Milgaard was guilty of the murder. DNA testing in 1997 ultimately satisfied the Saskatchewan government that Milgaard had been wrongfully convicted. In May 2000 another individual was prosecuted and convicted for the same murder. His appeal is pending before the Saskatchewan Court of Appeal. Compensation in the sum of \$10 million was paid to Milgaard. The history of the wrongful conviction of David Milgaard shows that in Canada, as in the United States, a fair trial does not always guarantee a safe verdict.

Of equal concern is the wrongful conviction for murder of Guy Paul Morin who was only 25 years old when he was arrested on April 22, 1985, and charged with the first degree murder of a child named Christine Jessop who was his next door neighbour. While initially acquitted by an Ontario jury, he was found guilty at a second jury trial in 1992. DNA testing carried out while the second appeal was pending before the Ontario Court of

le *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866. Il n’y avait aucun élément de preuve probant indiquant que les policiers avaient agi de façon irrégulière en menant leur enquête ou en interrogeant les témoins, ni aucune preuve que la communication de la preuve avait été insuffisante au regard de la pratique en vigueur à l’époque. Milgaard avait été représenté par des avocats compétents et expérimentés. Le procès n’avait donné lieu à aucune erreur grave de droit ou de procédure. Cependant, bien que Milgaard fût condamné pour meurtre au terme d’un procès équitable, de nouveaux éléments de preuve ont été découverts de nombreuses années plus tard. Dans le cadre d’un renvoi extraordinaire, notre Cour a considéré que « [l]e maintien de la déclaration de culpabilité de Milgaard constituerait une erreur judiciaire si on ne donnait pas à un jury la possibilité d’examiner la nouvelle preuve » (p. 873). En 1994, Milgaard a entamé des procédures contre le gouvernement de la Saskatchewan pour déclaration de culpabilité erronée et, en 1995, il a poursuivi le procureur général de cette province à titre personnel après que ce dernier eût déclaré aux médias qu’il croyait Milgaard coupable du meurtre. En 1997, une analyse génétique a enfin convaincu le gouvernement de la Saskatchewan que Milgaard avait été condamné à tort. En mai 2000, une autre personne a été accusée et reconnue coupable du même meurtre. L’appel formé par cette personne en Cour d’appel de la Saskatchewan n’a pas encore été tranché. On a versé une somme de 10 millions \$ à Milgaard en guise de compensation. L’historique de la déclaration de culpabilité erronée prononcée contre David Milgaard montre qu’au Canada, tout comme aux États-Unis, un procès équitable ne garantit pas toujours un verdict sûr.

Tout aussi préoccupante est la déclaration de culpabilité pour meurtre prononcée erronément contre Guy Paul Morin. Ce dernier n’avait que 25 ans quand il a été arrêté le 22 avril 1985 et accusé du meurtre au premier degré d’une enfant, Christine Jessop, qui était sa voisine. Bien qu’un jury ontarien l’eût d’abord acquitté, il a été reconnu coupable au terme d’un deuxième procès devant jury en 1992. Une analyse génétique réali-

Appeal, more than 10 years after his initial arrest, exonerated him. His appeal was then uncontested, and he received an apology from the Attorney General of Ontario, compensation of \$1.25 million, and the establishment of a commission (the Kaufman Inquiry) to look into the causes of the wrongful conviction. In his 1998 Report, the Commissioner, a former judge of the Quebec Court of Appeal, concluded:

The case of Guy Paul Morin is not an aberration. By that, I do not mean that I can quantify the number of similar cases in Ontario or elsewhere, or that I can pass upon the frequency with which innocent persons are convicted in this province. We do not know. What I mean is that the causes of Mr. Morin's conviction are rooted in systemic problems, as well as the failings of individuals. It is no coincidence that the same systemic problems are those identified in wrongful convictions in other jurisdictions worldwide.

(Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, *Report* (1998), vol. 2, at p. 1243)

100

Thomas Sophonow was tried three times for the murder of Barbara Stoppel. He served 45 months in jail before his conviction was overturned in 1985 by the Manitoba Court of Appeal. It was not until June 2000 that the Winnipeg police exonerated Sophonow of the killing, almost 20 years after his original conviction. The Attorney General of Manitoba recently issued an apology to Mr. Sophonow and mandated the Honourable Peter Cory, recently retired from this Court, to head a commission of inquiry which is currently looking into the conduct of the investigation and the circumstances surrounding the criminal proceedings, both to understand the past and to prevent future miscarriages of justice. The commission will also examine the issue of compensation.

101

In 1994, Gregory Parsons was convicted by a Newfoundland jury for the murder of his mother. He was sentenced to life imprisonment with no eli-

sée pendant le second appel à la Cour d'appel de l'Ontario, plus de 10 ans après son arrestation a permis de l'innocenter. Son appel n'a en conséquence pas été contesté. Le procureur général de l'Ontario lui a fait des excuses, on lui a versé une indemnité de 1,25 millions \$ et une commission d'enquête parlementaire (la « Commission Kauffman ») a été établie afin d'examiner les causes de cette déclaration de culpabilité erronée. Dans le rapport qu'il a déposé en 1998, le commissaire, un ancien juge de la Cour d'appel du Québec, a tiré la conclusion suivante :

L'affaire Guy Paul Morin ne constitue pas un cas isolé. Je ne veux pas dire, en tenant ces propos, que je suis en mesure de chiffrer le nombre d'affaires semblables en Ontario ou ailleurs, ou que je puis me prononcer sur la fréquence à laquelle des innocents sont condamnés dans cette province. Nous ne connaissons pas ces renseignements. Je veux plutôt dire que ce sont des problèmes systémiques ainsi que les lacunes de certaines personnes qui sont à l'origine de la condamnation de M. Morin. La présence des mêmes problèmes systémiques dans des condamnations injustifiées prononcées à travers le monde ne relève pas du hasard.

(Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, *Rapport* (1998), t. 2, p. 1429)

Thomas Sophonow a été jugé à trois reprises pour le meurtre de Barbara Stoppel. Il a passé 45 mois en prison avant que sa déclaration de culpabilité ne soit annulée par la Cour d'appel du Manitoba en 1985. Ce n'est qu'en juin 2000 que la police de Winnipeg l'a innocenté, près de 20 ans après sa déclaration de culpabilité initiale. Le procureur général du Manitoba a récemment présenté des excuses à M. Sophonow et a nommé l'honorable Peter Cory, qui vient de prendre sa retraite comme juge de notre Cour, à la tête d'une commission qui examine présentement le déroulement de l'enquête et les circonstances entourant les poursuites criminelles, à la fois pour comprendre ce qui s'est produit et pour prévenir d'autres erreurs judiciaires dans le futur. La commission examinera également la question de la compensation.

En 1994, Gregory Parsons a été reconnu coupable du meurtre de sa mère par un jury à Terre-Neuve. Il a été condamné à l'emprisonnement à

gibility for parole for 15 years. Subsequently, the Newfoundland Court of Appeal overturned his conviction and ordered a new trial. Before that trial could be held, Parsons was cleared by DNA testing. The provincial Minister of Justice apologized to Parsons and his family and asked Nathaniel Noel, a retired judge, to conduct a review of the investigation and prosecution of the case and to make recommendations concerning the payment of compensation.

These miscarriages of justice of course represent a tiny and wholly exceptional fraction of the workload of Canadian courts in murder cases. Still, where capital punishment is sought, the state's execution of even one innocent person is one too many.

In all of these cases, had capital punishment been imposed, there would have been no one to whom an apology and compensation could be paid in respect of the miscarriage of justice (apart, possibly, from surviving family members), and no way in which Canadian society with the benefit of hindsight could have justified to itself the deprivation of human life in violation of the principles of fundamental justice.

Accordingly, when Canada looks south to the present controversies in the United States associated with the investigation, defence, conviction, appeal and punishment in murder cases, it is with a sense of appreciation that many of the underlying criminal justice problems are similar. The difference is that imposition of the death penalty in the retentionist states inevitably deprives the legal system of the possibility of redress to wrongfully convicted individuals.

perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. La Cour d'appel de Terre-Neuve a par la suite annulé sa condamnation et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Avant même le début de ce procès, une analyse génétique a permis d'innocenter Parsons. Le ministre de la Justice de la province a présenté des excuses à Parsons et à sa famille et il a demandé à Nathaniel Noel, juge à la retraite, d'examiner le déroulement de l'enquête et des poursuites dans cette affaire et de formuler des recommandations quant au versement d'une indemnité.

Ces erreurs judiciaires ne représentent bien entendu qu'une infime fraction, tout à fait exceptionnelle, des affaires de meurtre entendues par les tribunaux canadiens. Néanmoins, dans les cas où l'application de la peine capitale est demandée, si un seul innocent était exécuté par l'État, ce serait un de trop.

Dans toutes ces affaires, si la peine de mort avait été infligée, il n'y aurait eu personne (à part peut-être des membres toujours vivants de la famille du condamné) à qui des excuses auraient pu être présentées et une compensation aurait pu être versée pour l'erreur judiciaire, et la société canadienne n'aurait d'aucune façon pu se justifier à elle-même, après coup, l'élimination d'une vie humaine en violation des principes de justice fondamentale.

En conséquence, lorsque le Canada observe les controverses qui font rage présentement aux États-Unis relativement à l'enquête, à la défense, à la déclaration de culpabilité, à l'appel et à la peine infligée dans les affaires de meurtre, il ne peut qu'éprouver le sentiment que les deux pays partagent des problèmes fondamentaux en matière de justice criminelle. La différence est que l'infliction de la peine de mort dans les États qui appliquent encore cette sanction prive inévitablement le système juridique de la possibilité d'accorder une réparation aux personnes erronément déclarées coupables.

102

103

104

(b) The U.S. Experience

105

Concerns in the United States have been raised by such authoritative bodies as the American Bar Association which in 1997 recommended a moratorium on the death penalty throughout the United States because, as stated in an ABA press release in October 2000:

The adequacy of legal representation of those charged with capital crimes is a major concern. Many death penalty states have no working public defender systems, and many simply assign lawyers at random from a general list. The defendant's life ends up entrusted to an often underqualified and overburdened lawyer who may have no experience with criminal law at all, let alone with death penalty cases.

The U.S. Supreme Court and the Congress have dramatically restricted the ability of our federal courts to review petitions of inmates who claim their state death sentences were imposed in violation of the Constitution or federal law.

Studies show racial bias and poverty continue to play too great a role in determining who is sentenced to death.

106

The ABA takes no position on the death penalty as such (except to oppose it in the case of juveniles and the mentally retarded). Its call for a moratorium has been echoed by local or state bars in California, Connecticut, Ohio, Virginia, Illinois, Louisiana, Massachusetts, New Jersey and Pennsylvania. The ABA reports that state or local bars in Florida, Kentucky, Missouri, New Mexico, North Carolina and Tennessee are also examining aspects of the death penalty controversy.

107

On August 4, 2000, the Board of Governors of the Washington State Bar Association, being the state seeking the extradition of the respondents, unanimously adopted a resolution to review the

b) L'expérience américaine

Aux États-Unis, des organismes officiels ont exprimé des inquiétudes, notamment l'Association du Barreau américain qui, en 1997, a recommandé un moratoire à l'égard de la peine de mort dans l'ensemble des États-Unis pour les raisons suivantes, qui ont été exposées dans un communiqué de presse en octobre 2000 :

[TRADUCTION] La question de savoir si les personnes accusées d'un crime punissable de la peine de mort sont convenablement représentées par un avocat suscite une grande inquiétude. Bon nombre des États qui appliquent cette peine n'ont pas de système de défenseurs publics et de nombreux États se contentent de désigner des avocats au hasard à partir d'une liste générale. Dans de tels cas, la vie du défendeur est donc souvent confiée à un avocat débordé et ne possédant pas les compétences voulues, peut-être même sans aucune expérience en droit criminel et a fortiori dans les affaires où l'accusé risque la peine de mort.

La Cour suprême des États-Unis et le Congrès ont considérablement limité la capacité de nos tribunaux fédéraux d'examiner les requêtes des détenus qui soutiennent qu'un État leur a infligé la peine de mort en violation de la Constitution ou du droit fédéral.

Des études ont établi que les préjugés raciaux et la pauvreté continuaient de jouer un rôle important dans la détermination des personnes à qui la peine de mort est infligée.

L'ABA ne prend pas position au sujet de la peine de mort comme telle (si ce n'est qu'elle s'y oppose dans le cas des adolescents et des déficients mentaux). Sa demande de moratoire a été reprise par des barreaux locaux ou étatiques en Californie, au Connecticut, en Ohio, en Virginie, en Illinois, en Louisiane, au Massachussets, au New Jersey et en Pennsylvanie. L'ABA signale que des barreaux locaux ou étatiques en Floride, au Kentucky, au Missouri, au Nouveau-Mexique, en Caroline du Nord et au Tennessee examinent eux aussi certains aspects de la controverse entourant la peine de mort.

Le 4 août 2000, le conseil des gouverneurs de l'Association du Barreau de l'État de Washington — État qui sollicite l'extradition des intimés — a adopté à l'unanimité une résolution demandant

death penalty process. The Governor was urged to obtain a comprehensive report addressing the concerns of the American Bar Association as they apply to the imposition of the death penalty in the State of Washington. In particular, the Governor was asked to determine “[w]hether the reversal rate of capital cases from our state by the federal courts indicates any systemic problems regarding how the death penalty is being implemented in Washington State”.

Other retentionist jurisdictions in the United States have also expressed recent disquiet about the conduct of capital cases, and the imposition and the carrying out of the death penalty. These include:

(i) Early last year Governor George Ryan of Illinois, a known retentionist, declared a moratorium on executions in that state. The Governor noted that more than half the people sentenced to die there in the last 23 years were eventually exonerated of murder. Specifically, Illinois exonerated 13 death row inmates since 1977, one more than it actually executed. Governor Ryan said “. . . I have grave concerns about our state’s shameful record of convicting innocent people and putting them on death row”. He remarked that he could not support a system that has come “so close to the ultimate nightmare, the state’s taking of innocent life” (Governor Ryan Press Release, January 31, 2000).

(ii) The Illinois moratorium followed closely in the wake of a major study on wrongful convictions in death penalty cases by the *Chicago Tribune* newspaper, and a conference held at Northwestern University School of Law: see L. B. Bienen, “The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study” (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193, at p. 213, fn. 103. The

examen du processus relatif à l’application de la peine de mort. On a exhorté le gouverneur de cet État à demander un rapport exhaustif traitant des préoccupations exprimées par l’Association du Barreau américain dans la mesure où elles s’appliquent à la peine de mort dans l’État de Washington. En particulier, on a demandé au gouverneur de déterminer [TRADUCTION] « [s]i l’annulation, par les tribunaux fédéraux, de sentences de mort infligées par [l’]État [de Washington] révèle l’existence de problèmes systémiques dans la façon dont l’État [. . .] applique la peine de mort ».

D’autres États américains infligeant encore la peine capitale ont eux aussi exprimé des inquiétudes récemment quant au déroulement des poursuites où l’accusé est passible de cette peine et quant au prononcé et à l’application de celle-ci. Voici certains faits à cet égard :

(i) Au début de l’année dernière, le gouverneur George Ryan de l’Illinois, partisan reconnu de la peine de mort, a imposé un moratoire sur les exécutions dans cet État. Le gouverneur a souligné que plus de la moitié des personnes condamnées à mort pour meurtre dans cet État au cours des 23 dernières années avaient en bout de ligne été innocentées de cette accusation de meurtre. De fait, depuis 1977, l’Illinois a relâché 13 détenus qui se trouvaient dans le couloir de la mort, un de plus que le nombre de détenus effectivement exécutés. Le gouverneur Ryan a dit ceci : [TRADUCTION] « . . . je suis énormément préoccupé par le bilan honteux de notre État, qui condamne des innocents et les envoie dans le couloir de la mort ». Il a affirmé qu’il ne pouvait cautionner un système rendu « au bord du pire des cauchemars, soit le fait pour l’État d’enlever la vie à un innocent » (communiqué de presse du gouverneur Ryan, 31 janvier 2000).

(ii) Un moratoire a été imposé en Illinois peu de temps après, dans la foulée d’une vaste enquête du *Chicago Tribune* sur les déclarations de culpabilité erronées dans les affaires de peine de mort et d’une conférence sur la question organisée par la faculté de droit de l’université Northwestern : voir L. B. Bienen, « The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case

study examined the 285 death penalty cases that had occurred in Illinois since capital punishment was restored there. “The findings reveal a system so plagued by unprofessionalism, imprecision and bias that they have rendered the state’s ultimate form of punishment its least credible” (*Chicago Tribune*, November 14, 1999).

(iii) One of the more significant exonerations in Illinois was the case of Anthony Porter who came within 48 hours of being executed for a crime he did not commit (*Chicago Tribune*, December 29, 2000, at p. N22).

(iv) Both the New Hampshire House of Representatives and Senate voted to abolish the death penalty last year, although the measure was vetoed by the Governor. It is noteworthy that New Hampshire has not executed anyone since 1939 (*New York Times*, May 19, 2000, at p. 16, and May 20, 2000, at p. 16).

(v) In May 1999, the Nebraska legislature approved a bill that imposed a two-year moratorium on executions in that state and appropriated funds for a study of the issue. That initiative was vetoed by the Governor. However, the legislature unanimously overrode part of the veto so that the study could proceed.

(vi) Senator Russ Feingold of Wisconsin introduced a bill in Congress in April 2000 calling on the federal government and all states that impose the death penalty to suspend executions while a national commission reviews the administration of the death penalty.

(vii) On September 12, 2000, the United States Justice Department released a study of the death penalty under federal law. It was the first comprehensive review of the federal death penalty since it was reinstated in 1988. The data shows that federal prosecutors were almost twice as

Study » (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193, p. 213, note 103. L’enquête portait sur les 285 affaires de peine de mort survenues en Illinois depuis le rétablissement de cette peine. [TRANSDUCTION] « Ces constatations révèlent l’existence d’un système qui est à ce point affligé par le manque de professionnalisme, par l’imprécision et par l’impartialité que la peine suprême infligée par l’État est celle qui est la moins crédible » (*Chicago Tribune*, 14 novembre 1999).

(iii) L’un des cas de disculpation les plus marquants survenus en Illinois est celui d’Anthony Porter qui, 48 heures avant le moment prévu pour l’application de sa sentence, a échappé à l’exécution pour un crime qu’il n’avait pas commis (*Chicago Tribune*, 29 décembre 2000, p. N22).

(iv) La Chambre des représentants et le Sénat du New Hampshire ont tous deux voté en faveur de l’abolition de la peine de mort l’année dernière, mais le gouverneur de l’État a opposé son veto à cette mesure. Il convient de souligner que personne n’a été exécuté au New Hampshire depuis 1939 (*New York Times*, 19 mai 2000, p. 16, et 20 mai 2000, p. 16).

(v) En mai 1999, la législature du Nebraska a adopté un projet de loi imposant un moratoire de deux ans sur les exécutions dans cet État et elle a voté des crédits en vue de l’examen de la question. Le gouverneur a opposé son veto à cette initiative. Cependant, la législature a à l’unanimité passé outre en partie à ce veto afin de permettre l’examen en question.

(vi) En avril 2000, le sénateur Russ Feingold du Wisconsin a présenté au Congrès un projet de loi demandant au gouvernement fédéral et à tous les États qui infligent la peine de mort de surseoir aux exécutions pendant qu’une commission nationale examine l’application de cette peine.

(vii) Le 12 septembre 2000, le ministère de la Justice des États-Unis a publié une étude sur la peine de mort en droit fédéral. Il s’agissait de la première étude exhaustive de la peine de mort sur le plan fédéral depuis le rétablissement de cette peine en 1988. Il ressort des données

likely to recommend the death penalty for black defendants when the victim was non-black than when he or she was black. Moreover, a white defendant was almost twice as likely to be given a plea agreement whereby the prosecution agreed not to seek the death penalty. The study also revealed that 43 percent of the 183 cases in which the death penalty was sought came from 9 of the 94 federal judicial districts. This has led to concerns about racial and geographical disparity. The then Attorney General Janet Reno said that she was “sorely troubled” by the data and requested further studies (*New York Times*, September 12, 2000, at p. 17).

Foremost among the concerns of the American Bar Association, the Washington State Bar Association and other bodies who possess “hands-on” knowledge of the criminal justice system, is the possibility of wrongful convictions and the potential state killing of the innocent. It has been reported that 43 wrongfully convicted people have been freed in the United States as a result of work undertaken by The Innocence Project, a clinical law program started in 1992 at the Cardozo School of Law in New York. See, generally, B. Scheck, P. Neufeld, and J. Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (2000). One of the authors, Peter Neufeld testified on June 20, 2000 to the House of Representatives’ Committee on the Judiciary that “DNA testing only helps correct conviction of the innocent in a narrow class of cases; most homicides do not involve biological evidence that can be determinative of guilt or innocence”.

Finally, we should note the recent Columbia University study by Professor James Liebman and

recueillies que les procureurs fédéraux recommandent presque deux fois plus souvent l’infliction de la peine de mort aux défendeurs noirs lorsque la victime n’est pas noire que lorsqu’elle l’est. En outre, un défendeur blanc est presque deux fois plus susceptible de bénéficier d’une transaction pénale aux termes de laquelle la poursuite s’engage à ne pas solliciter la peine de mort. L’étude a également révélé que 43 pour 100 des 183 affaires dans lesquelles on avait demandé la peine de mort provenaient de 9 des 94 districts judiciaires fédéraux. Ces constatations ont fait redouter l’existence de disparités d’ordre racial et géographique. La procureure générale de l’époque, Janet Reno, a dit être « profondément troublée » par ces données et elle a demandé d’autres études à ce sujet (*New York Times*, 12 septembre 2000, p. 17).

La plus grande préoccupation de l’Association du Barreau américain, de l’Association du Barreau de l’État de Washington et d’autres organismes qui ont une connaissance « pratique » du système de justice criminelle est la possibilité que des accusés soient erronément déclarés coupables et le risque que l’État enlève la vie à des innocents. On signale que 43 personnes erronément déclarées coupables ont été libérées aux États-Unis grâce aux démarches effectuées par *The Innocence Project*, un programme de clinique juridique établi en 1992 à l’école de droit Cardozo de New York. Voir, de façon générale, B. Scheck, P. Neufeld et J. Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (2000). Témoignant devant le Comité des affaires judiciaires de la Chambre des représentants, l’un des auteurs de cet ouvrage, Peter Neufeld, a affirmé le 20 juin 2000 que [TRADUCTION] « les analyses génétiques ne contribuent à faire écarter les déclarations de culpabilité prononcées contre des innocents que dans une catégorie restreinte d’affaires; en effet, il n’y a dans la plupart des affaires d’homicide aucune preuve biologique permettant de déterminer la culpabilité ou l’innocence de l’accusé ».

Enfin, il convient de souligner que l’étude menée récemment par le professeur James Lieb-

others which concludes that 2 out of 3 death penalty sentences in the United States were reversed on appeal: *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995* (June 12, 2000). The authors gathered and analyzed all of the available cases from the period of 1973 to 1995, the former being the year that states began to enact new death penalty statutes following the United States Supreme Court's decision in *Furman*, *supra*, invalidating the existing regimes. Collection of the data for the study began in 1991, the year *Kindler* and *Ng* were decided. In their executive summary, the authors report that "the overall rate of prejudicial error in the American capital punishment system was 68%." These errors were detected at one of three stages of appeal in the American legal system. The authors say that with "so many mistakes that it takes three judicial inspections to catch them" there must be "grave doubt about whether we *do* catch them all" (emphasis in original). The authors point out in footnote 81 that "[b]etween 1972 and the beginning of 1998, 68 people were released from death row on the grounds that their convictions were faulty, and there was too little evidence to retry the prisoner" and as of May 2000 "the number of inmates released from death row as factually or legally innocent apparently has risen to 87, including nine released in 1999 alone." For an abridged version of the Liebman study, see "Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.

man et d'autres personnes à l'Université Columbia conclut que les deux tiers des sentences de mort prononcées aux États-Unis ont été annulées en appel : *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995* (12 juin 2000). Les auteurs de cette étude ont assemblé et analysé toutes les affaires disponibles pour la période de 1973 à 1995, 1973 étant l'année au cours de laquelle les États ont commencé à édicter de nouvelles lois sur la peine de mort par suite de l'arrêt *Furman*, précité, dans lequel la Cour suprême des États-Unis avait invalidé les régimes qui existaient à cet égard. Ils ont commencé à recueillir les données pour leur étude en 1991, année où les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus. Dans leur résumé, les auteurs mentionnent que [TRADUCTION] « le taux global d'erreurs préjudiciables commises dans le régime relatif à la peine de mort aux États-Unis s'élevait à 68% ». Ces erreurs ont été repérées à l'un ou l'autre des trois stades du processus d'appel que comporte le système juridique américain. Les auteurs avancent que, [TRADUCTION] « compte tenu du fait que le nombre d'erreurs est si élevé qu'il faut trois contrôles judiciaires pour les repérer », on peut [TRADUCTION] « sérieusement se demander si nous les décelons *effectivement* toutes » (en italique dans l'original). Les auteurs soulignent, à la note en bas de page n° 81 que, [TRADUCTION] « [d]e 1972 jusqu'au début de 1998, 68 personnes ont été libérées du couloir de la mort parce que leur déclaration de culpabilité était entachée d'erreur et qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour les juger à nouveau », et qu'en date du mois de mai 2000, [TRADUCTION] « le nombre de détenus libérés du couloir de la mort parce qu'ils étaient innocents, en fait ou en droit, s'élèverait maintenant à 87, dont neuf au cours de la seule année 1999 ». Pour une version abrégée de l'étude du professeur Liebman, voir « Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995 » (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.

111 It will of course be for the United States to sort out the present controversy surrounding death penalty cases in that country. We have referred to some of the reports and some of the data, but there is much more that has been said on all sides of the issue. Much of the evidence of wrongful convic-

Il reviendra bien entendu aux États-Unis de régler la controverse que suscite actuellement la peine de mort dans ce pays. Nous avons fait état de certains rapports et de certaines données, mais il s'est dit bien d'autres choses sur tous les aspects de la question. Une grande partie des éléments de

tions relates to individuals who were saved prior to execution, and can thus be presented as evidence of the system's capacity to correct errors. The widespread expressions of concern suggest there are significant problems, but they also demonstrate a determination to address the problems that do exist. Our purpose is not to draw conclusions on the merits of the various criticisms, but simply to note the scale and recent escalation of the controversy, particularly in some of the retentionist states, including the State of Washington.

(c) The Experience in the United Kingdom

Countries other than Canada and the United States have also experienced their share of disclosure of wrongful convictions in recent years. In the United Kingdom, in 1991, the then Home Secretary announced the establishment of a Royal Commission on Criminal Justice (the Runciman Commission) to examine the effectiveness of the criminal justice system in securing the conviction of the guilty and the acquittal of the innocent. In making the announcement, the Home Secretary referred to such cases as the "Birmingham Six" which had seriously undermined public confidence in the administration of criminal justice. The report of the Commission, pointing to potential sources of miscarriage of justice, was presented to the British Parliament in 1993. The new *Criminal Appeal Act*, adopted in 1995, created the Criminal Cases Review Commission, an independent body responsible for investigating suspected miscarriages of criminal justice in England, Wales and Northern Ireland and referring appropriate cases to the Court of Appeal.

The Criminal Cases Review Commission started its casework in April 1997. As of November 30, 2000, it had referred 106 cases to the Court of Appeal. Of these, 51 had been heard, 39 convictions quashed, 11 upheld and one remained under reserve. The convictions overturned by the court as

la preuve touchant les déclarations de culpabilité erronées concerne des personnes qui ont été sauvées avant leur exécution et peut donc être invoquée pour démontrer que le système est en mesure de corriger ses propres erreurs. Les nombreuses inquiétudes exprimées suggèrent l'existence de problèmes importants, mais témoignent en même temps d'une détermination à s'y attaquer. Notre but n'est pas de tirer des conclusions sur le bien-fondé des diverses critiques, mais simplement de faire ressortir l'ampleur et l'intensification récente de la controverse, en particulier dans certains des États qui appliquent encore la peine de mort, notamment l'État de Washington.

c) L'expérience au Royaume-Uni

Au cours des dernières années, des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour dans d'autres pays, en plus du Canada et les États-Unis. En 1991, au Royaume-Uni, le ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*) de l'époque avait annoncé l'établissement d'une commission d'enquête parlementaire sur la justice criminelle (la Commission Runciman) chargée d'apprécier l'efficacité avec laquelle le système de justice criminelle fait condamner les coupables et acquitter les innocents. En annonçant l'établissement de cette commission, le ministre de l'Intérieur avait fait état de cas, tel celui des « Birmingham Six », qui avaient sérieusement miné la confiance du public dans l'administration de la justice criminelle. Le rapport de la Commission, qui mentionne des sources potentielles d'erreurs judiciaires, a été présenté au Parlement britannique en 1993. La nouvelle *Criminal Appeal Act*, adoptée en 1995, a créé la Criminal Cases Review Commission, organisme indépendant chargé de faire enquête sur des erreurs judiciaires que l'on soupçonne avoir été commises en Angleterre, au pays de Galles et en Irlande du Nord, et de référer à la Cour d'appel les affaires qui doivent l'être.

La Criminal Cases Review Commission a commencé ses travaux en avril 1997. En date du 30 novembre 2000, elle avait soumis 106 affaires à la Cour d'appel. De celles-ci, 51 avaient été entendues, 39 avaient donné lieu à l'annulation de la déclaration de culpabilité et 11 à son maintien, et

112

113

unsafe included 10 convictions for murder. In two of the overturned murder convictions, the prisoners had long since been hanged.

une affaire était toujours en délibéré. Des déclarations de culpabilité écartées par la cour parce qu'incertaines, 10 concernaient des accusations de meurtre. Dans deux cas où la déclaration de culpabilité pour meurtre a été écartée, l'accusé avait été pendu il y a longtemps.

114 In *R. v. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL) (C.A.), the court posthumously quashed the murder conviction of Derek Bentley who was executed on January 28, 1953. The Crown had alleged that Bentley and an accomplice had embarked upon "a warehouse-breaking expedition" during which a police officer was killed. It was argued that the trial judge had erred in summing up to the jury. It was also argued that fresh evidence made the conviction unsafe. The Lord Chief Justice, Lord Bingham, said about the summing up in this case (at para. 78):

Dans l'arrêt *R. c. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL) (C.A.), la cour a posthument annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre de Derek Bentley, qui a été exécuté le 28 janvier 1953. Le ministère public avait soutenu que Bentley et un complice s'étaient « introduits par effraction dans un entrepôt » et que, à cette occasion, un policier avait été tué. On a plaidé que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury. On a également fait valoir que de nouveaux éléments de preuve rendaient la condamnation incertaine. Voici ce que le lord juge en chef Bingham a dit, au par. 78, au sujet de l'exposé du juge du procès dans cette affaire :

It is with genuine diffidence that the members of this court direct criticism towards a trial judge widely recognised as one of the outstanding criminal judges of this century [Lord Goddard C.J.]. But we cannot escape the duty of decision. In our judgment the summing up in this case was such as to deny the appellant that fair trial which is the birthright of every British citizen.

[TRADUCTION] C'est vraiment avec réticence que les membres de notre cour adressent ces critiques à un juge de première instance qui est largement reconnu comme ayant été l'un des plus grands juges de ce siècle en matière criminelle [le lord juge en chef Goddard]. Mais nous ne pouvons échapper à l'obligation qui nous incombe de rendre une décision. Nous sommes d'avis que l'exposé du juge en l'espèce a eu pour effet de priver l'appelant du droit à un procès équitable dont chaque citoyen britannique jouit dès sa naissance.

After quashing the conviction on this basis, Lord Bingham C.J. said (at para. 95):

Après avoir annulé la condamnation sur ce fondement, le lord juge en chef Bingham a dit ceci, au par. 95 :

It must be a matter of profound and continuing regret that this mistrial occurred and that the defects we have found were not recognised at the time.

[TRADUCTION] Il continue d'être profondément regrettable que cette erreur judiciaire soit survenue et que les vices que nous avons constatés n'aient pas été décelés à l'époque.

It does not appear that the Court of Appeal gave much weight to the fresh evidence, though one component of this evidence (dealing with the taking of the appellant's statement) was said to provide "additional support" (para. 130) for the conclusion that the conviction was unsafe.

La Cour d'appel ne paraît pas avoir accordé beaucoup d'importance aux nouveaux éléments de preuve, quoique l'on ait dit que l'un de ces éléments (qui portait sur la façon dont la déclaration de l'appelant avait été recueillie) constituait [TRADUCTION] « un motif supplémentaire » (par. 130) étayant la conclusion que la déclaration de culpabilité était incertaine.

Another recent case is *R. v. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL) (C.A.). Mahmoud Hussein Mattan was convicted of murdering a Cardiff shopkeeper in 1952. The shopkeeper's throat had been cut. On August 19, 1952, the Court of Criminal Appeal refused his application for leave to appeal. He was hanged in Cardiff Prison on September 8, 1952. Fresh evidence came to light in 1969 but the Home Secretary declined in February 1970 to have the case reopened. The Commission, however, referred the matter to the Court of Appeal, which found that the Crown had failed to disclose highly relevant evidence to the defence. In the result, the conviction was quashed. Near the end of its judgment, the Court of Appeal stated that "[i]t is, of course, a matter for very profound regret that in 1952 Mahmoud Mattan was convicted and hanged and it has taken 46 years for that conviction to be shown to be unsafe." It also observed that the case demonstrates that "capital punishment was not perhaps a prudent culmination for a criminal justice system which is human and therefore fallible" (para. 39).

The U.K. experience is relevant for the obvious reason that these men might be free today if the state had not taken their lives. But there is more. These convictions were quashed not on the basis of sophisticated DNA evidence but on the basis of frailties that perhaps may never be eliminated from our system of criminal justice. It is true, as the English Court of Appeal noted in *Mattan*, that the present rules require far more disclosure on the part of the Crown. And it is true that there was some blood on the shoes of Mattan that could now be shown by DNA testing not to have belonged to the victim. But there is always the potential that eyewitnesses will get it wrong, either innocently or, as it appears in the case of *Mattan*, purposefully in order to shift the blame onto another. And there is always the chance that the judicial system will fail an accused, as it apparently did in *Bentley*. These cases demonstrate that the concern about wrongful convictions is unlikely to be resolved by advances in the forensic sciences, welcome as

Une autre affaire récente est *R. c. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL) (C.A.). Mahmoud Hussein Mattan avait été déclaré coupable du meurtre d'un commerçant de Cardiff en 1952. Le commerçant avait été égorgé. Le 19 août 1952, la Court of Criminal Appeal a rejeté sa demande d'autorisation d'appel. Le 8 septembre 1952, il a été pendu à la prison de Cardiff. De nouveaux éléments de preuve ont fait surface en 1969, mais le ministre de l'Intérieur a refusé de rouvrir l'affaire en février 1970. Toutefois, la Commission a référé l'affaire à la Cour d'appel, qui a jugé que le ministère public avait omis de communiquer à la défense des éléments de preuve extrêmement pertinents. En conséquence, elle a annulé la déclaration de culpabilité. Vers la fin de son jugement, la Cour d'appel a dit : [TRADUCTION] « [i]l est évidemment profondément regrettable que, en 1952, Mahmoud Mattan ait été déclaré coupable et pendu, et qu'il ait fallu attendre 46 ans avant que l'on établisse le caractère incertain de sa déclaration de culpabilité ». La cour a également souligné que cette affaire démontrait que [TRADUCTION] « la peine de mort n'est peut-être pas un aboutissement prudent dans un système de justice criminelle qui est humain et, de ce fait, faillible » (par. 39).

L'expérience du R.-U. est pertinente pour la raison bien évidente que ces hommes seraient peut-être libres aujourd'hui si l'État ne leur avait pas enlevé la vie. Mais il y a plus encore. Les déclarations de culpabilité ont été annulées sur le fondement non pas d'une preuve génétique complexe, mais plutôt de lacunes qui ne seront peut-être jamais éliminées de notre système de justice criminelle. Il est vrai, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel d'Angleterre dans *Mattan*, que les règles actuelles font une obligation beaucoup plus étendue au ministère public en matière de communication de la preuve. Il est également vrai qu'il y avait, sur les chaussures de Mattan, des taches de sang qui, aujourd'hui, pourraient permettre de déterminer, grâce à une analyse génétique, que le sang n'était pas celui de la victime. Cependant, il est toujours possible que des témoins oculaires se trompent, soit innocemment soit à dessein, comme cela semble s'être produit dans l'affaire *Mattan*, afin de faire rejeter la responsabilité sur une autre

115

116

those advances are from the perspective of protecting the innocent and punishing the guilty.

(d) Conclusion

117 The recent and continuing disclosures of wrongful convictions for murder in Canada, the United States and the United Kingdom provide tragic testimony to the fallibility of the legal system, despite its elaborate safeguards for the protection of the innocent. When fugitives are sought to be tried for murder by a retentionist state, however similar in other respects to our own legal system, this history weighs powerfully in the balance against extradition without assurances.

11. *The “Death Row Phenomenon” Is of Increasing Concern Even to Retentionists*

118 The evidence filed on this appeal includes a report by Chief Justice Richard P. Guy, Chief Justice of the State of Washington, dated March 2000 entitled “Status Report on the Death Penalty in Washington State”. In the report the Chief Justice notes the following statistics relevant to the present discussion:

- Since 1981, 25 men have been convicted and sentenced to death. Four have had their judgments reversed by the federal courts, 2 have had their sentences reversed by the Washington State Supreme Court, and 3 have been executed.

personne. En outre, il est toujours possible que le système judiciaire fasse erreur à l’égard d’un accusé, comme cela semble s’être produit dans *Bentley*. Ces affaires démontrent qu’il est peu probable que les inquiétudes créées par les déclarations de culpabilité erronées puissent être dissipées grâce aux progrès de la médecine légale, aussi heureux que soient ces progrès du point de vue de la protection des innocents et du châtement des coupables.

d) Conclusion

La découverte incessante, au cours des dernières années, de déclarations de culpabilité pour meurtre erronées au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni fait tragiquement ressortir la faillibilité du système juridique, et ce malgré les garanties étendues qui existent afin de protéger les innocents. Lorsque l’extradition de fugitifs recherchés pour meurtre est demandée par un État qui applique encore la peine de mort, ces erreurs militent fortement contre l’extradition des intéressés sans les assurances prévues et ce, aussi similaire à notre système juridique que puisse être, à d’autres égards, le système juridique de l’État requérant.

11. *Le « syndrome du couloir de la mort » est une source croissante de préoccupation, même chez les États qui maintiennent la peine de mort*

Un des éléments de preuve produits dans le cadre du présent pourvoi est le rapport du juge en chef de l’État de Washington, Richard P. Guy, daté de mars 2000 et intitulé « Status Report on the Death Penalty in Washington State ». Dans son rapport, le juge en chef mentionne les statistiques suivantes, qui sont pertinentes pour la présente analyse :

[TRADUCTION]

- Depuis 1981, 25 hommes ont été déclarés coupables et condamnés à la peine de mort. Dans quatre cas, le jugement prononcé contre le condamné a été annulé par les tribunaux fédéraux et dans deux autres par la Cour suprême de l’État de Washington, alors que trois condamnés ont été exécutés.

- The case of one defendant who was sentenced to be executed 18 years ago is still pending.
- Two of the three executed defendants chose not to pursue appeals to the federal courts.
- For cases completed in the federal courts, state and federal review has taken an average of 11.2 years.
- State review after conviction has averaged 5.5 years.

In his introduction to the Status Report, the Chief Justice made the following observations (at p. 2):

Because a death sentence is irreversible, opportunities for proving innocence in addition to those furnished in other felony cases are offered to the defendant in order to avoid erroneous executions. The importance of the review system is illustrated by the current situation in Illinois, a state in which 12 men have been executed since the 1980s but another 13 men sentenced to death have been exonerated. Appellate review of their cases resulted in reversal of their judgments after they were able to prove their innocence through the use of newly discovered DNA techniques or for other reasons.

These statistics are comparable to the degree of delay on “death row” that concerned the European Court of Human Rights in *Soering, supra*. The evidence was that if Soering were to be sentenced to death under Virginia law he would face an average of six to eight years on death row. The European Court commented on the serious human rights consequences of holding a convict under the threat of death for a prolonged length of time at para. 106:

However well-intentioned and even potentially beneficial is the provision of the complex of post-sentence procedures in Virginia, the consequence is that the condemned prisoner has to endure for many years the conditions on death row and the anguish and mounting tension of living in the ever-present shadow of death.

In *Pratt v. Attorney General for Jamaica, supra*, at p. 783, the Judicial Committee of the Privy Council ruled against the decision of the Jamaican

- Le cas d'un individu condamné à la peine de mort il y a 18 ans n'a toujours pas été tranché.
- Deux des trois condamnés qui ont été exécutés avaient choisi de ne pas former d'appel devant les tribunaux fédéraux.
- Pour ce qui est des affaires décidées par les tribunaux fédéraux, la révision aux niveaux étatique et fédéral a pris en moyenne 11,2 années.
- La révision au niveau étatique après la déclaration de culpabilité a pris en moyenne 5,5 années.

Dans l'introduction de son rapport, le Juge en chef a fait les observations suivantes, à la p. 2 :

[TRADUCTION] Vu l'irréversibilité de la conséquence de la peine de mort, afin d'éviter que des innocents soient exécutés, le défendeur se voit accorder d'autres occasions d'établir son innocence, en sus de celles offertes aux personnes accusées d'autres crimes sérieux. La situation actuelle en Illinois, État où 12 hommes ont été exécutés depuis les années 1980 mais où 13 condamnés à mort ont été innocentés, fait bien ressortir l'importance du système de révision. La révision de leur dossier en appel a entraîné l'annulation des jugements prononcés contre eux après qu'ils ont pu établir leur innocence grâce soit aux nouvelles techniques d'analyse génétique soit à d'autres moyens.

Ces statistiques sont comparables à la période d'attente dans le « couloir de la mort » qui préoccupait la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Soering*, précité. Dans cette affaire, la preuve indiquait que, si Soering était condamné à mort en vertu du droit virginien, il passerait de six à huit ans dans le couloir de la mort. La Cour européenne a commenté ainsi, au par. 106, les graves conséquences sur le plan des droits de la personne qu'entraîne la détention pendant une période prolongée d'un individu sur qui pèse une sentence de mort :

[TRADUCTION] Si bien intentionné soit-il, voire potentiellement bénéfique, le système virginien de procédures postérieures à la sentence aboutit à obliger le condamné détenu à subir, pendant des années, les conditions du « couloir de la mort », l'angoisse et la tension grandissante de vivre dans l'ombre omniprésente de la mort.

Dans *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, précité, p. 783, le Comité judiciaire du Conseil privé s'est prononcé contre la décision du gouver-

119

120

government which sought to carry out death sentences against two appellants who had been on death row for over 14 years. Lord Griffiths for the Committee stated at p. 786:

In their Lordships' view a state that wishes to retain capital punishment must accept the responsibility of ensuring that execution follows as swiftly as practicable after sentence, allowing a reasonable time for appeal and consideration of reprieve. It is part of the human condition that a condemned man will take every opportunity to save his life through use of the appellate procedure. If the appellate procedure enables the prisoner to prolong the appellate hearings over a period of years, the fault is to be attributed to the appellate system that permits such delay and not to the prisoner who takes advantage of it. Appellate procedures that echo down the years are not compatible with capital punishment. The death row phenomenon must not become established as a part of our jurisprudence. [Emphasis added.]

121 The role of the death row phenomenon in extradition proceedings was not conclusively determined by this Court in *Kindler*. Cory J., with whom Lamer C.J. concurred, was of the view that it would be wrong to extradite someone who would face the death row phenomenon: see pp. 822-24. Sopinka J. did not deal with the question while McLachlin J. (at p. 856) alluded to "the complexity of the issue". La Forest J. was critical of the concept. He said (at p. 838):

While the psychological stress inherent in the death row phenomenon cannot be dismissed lightly, it ultimately pales in comparison to the death penalty. Besides, the fact remains that a defendant is never forced to undergo the full appeal procedure, but the vast majority choose to do so. It would be ironic if delay caused by the appellant's taking advantage of the full and generous avenue of the appeals available to him should be viewed as a violation of fundamental justice; . . .

122 There is now, however, as is shown in the report of Chief Justice Guy of Washington State, *supra*, a widening acceptance amongst those closely associated with the administration of justice in retention-

nement jamaïcain qui voulait exécuter la peine de mort infligée à deux appelants qui se trouvaient dans le couloir de la mort depuis plus de 14 ans. S'exprimant au nom du Comité, lord Griffiths a dit ce qui suit, à la p. 786 :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que l'État qui désire maintenir la peine capitale doit accepter la responsabilité de faire en sorte que l'exécution ait lieu aussi rapidement que possible après le prononcé de la sentence, tout en accordant une période raisonnable pour l'appel et l'examen de la demande de commutation de peine. Il est de l'essence de la nature humaine qu'un condamné utilisera toutes les possibilités qu'il a de sauver sa vie au moyen de la procédure d'appel. Si cette procédure permet au prisonnier de faire durer les appels pendant plusieurs années, il faut en attribuer la faute au régime d'appel qui permet de tels délais, et non pas au prisonnier qui en tire avantage. Des procédures d'appel qui s'éternisent pendant des années ne sont pas compatibles avec la peine capitale. Le syndrome du couloir de la mort ne doit pas être consacré par notre jurisprudence. [Nous soulignons.]

Le rôle du syndrome du couloir de la mort dans le cadre de procédures d'extradition n'a pas été déterminé de façon définitive par notre Cour dans l'arrêt *Kindler*. Le juge Cory, aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Lamer, était d'avis qu'il serait fautif d'extrader quelqu'un qui serait soumis au syndrome du couloir de la mort : voir les p. 822-824. Le juge Sopinka n'a pas examiné ce point, alors que le juge McLachlin (à la p. 856) a fait allusion à « la complexité de la question ». Le juge La Forest a critiqué ce concept. Il a dit ceci, à la p. 838 :

On ne peut pas écarter à la légère le stress psychologique inhérent au syndrome du couloir de la mort, mais il perd de son importance lorsqu'on le compare à la peine de mort. En outre, le fait demeure qu'un défendeur n'est jamais obligé d'avoir recours à la procédure d'appel dans son entier, mais la grande majorité choisit de le faire. Il serait paradoxal qu'un retard causé par le fait qu'un appelant tire avantage de toutes les voies de recours généreuses auxquelles il a droit soit considéré comme une violation de la justice fondamentale; . . .

Toutefois, comme l'indique le rapport du juge en chef Guy de l'État de Washington, *op. cit.*, un nombre de plus en plus grand de personnes qui sont étroitement liées à l'administration de la jus-

ist states that the finality of the death penalty, combined with the determination of the criminal justice system to satisfy itself fully that the conviction is not wrongful, seems inevitably to provide lengthy delays, and the associated psychological trauma. It is apposite to recall in this connection the observation of Frankfurter J. of the United States Supreme Court, dissenting, in *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950), at p. 14, that the “onset of insanity while awaiting execution of a death sentence is not a rare phenomenon”. Related concerns have been expressed by Breyer J., dissenting from decisions not to issue writs of *certiorari* in *Elledge v. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998), and *Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999). In the latter case, Breyer J. cited a Florida study of inmates which showed that 35 percent of those committed to death row attempted suicide.

The death row phenomenon is not a controlling factor in the s. 7 balance, but even many of those who regard its horrors as self-inflicted concede that it is a relevant consideration. To that extent, it is a factor that weighs in the balance against extradition without assurances.

12. *The Balance of Factors in This Case Renders Extradition of the Respondents Without Assurances a Prima facie Infringement of their Section 7 Rights*

Reviewing the factors for and against unconditional extradition, we conclude that to order extradition of the respondents without obtaining assurances that the death penalty will not be imposed would violate the principles of fundamental justice.

tice dans les États qui appliquent encore la peine de mort reconnaissent maintenant que le caractère définitif de cette peine, conjugué à la détermination du système de justice criminelle à s’assurer pleinement que la condamnation n’est pas erronée, semble entraîner inévitablement des délais considérables qui, à leur tour, sont sources de traumatismes psychologiques. Il est pertinent à cet égard de rappeler l’observation suivante, qu’a faite le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis dans ses motifs dissidents dans *Solesbee c. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950), p. 14, et selon laquelle [TRADUCTION] « il n’est pas rare de voir poindre les premiers signes de la folie chez le condamné à mort qui attend l’exécution de sa sentence ». Des inquiétudes au même effet ont été exprimées par le juge Breyer, en dissidence dans des décisions rejetant des requêtes en *certiorari* dans les affaires *Elledge c. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998), et *Knight c. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999). Dans cette dernière affaire, le juge Breyer a fait état d’une étude sur les détenus en Floride qui indiquait que 35 pour cent des condamnés se trouvant dans le couloir de la mort tentaient de se suicider.

Le syndrome du couloir de la mort n’est pas un facteur déterminant dans la pondération fondée sur l’art. 7, mais même bon nombre de ceux qui estiment que les condamnés n’ont qu’eux-mêmes à blâmer pour les horreurs de ce syndrome considèrent qu’il s’agit d’une considération pertinente. Dans cette mesure, ce syndrome constitue un facteur qui milite à l’encontre de l’extradition sans les assurances prévues.

12. *En l’espèce, la pondération des divers facteurs révèle que l’extradition des intimés sans les assurances prévues constitue une violation prima facie des droits que leur garantit l’art. 7*

L’examen des facteurs favorables et défavorables à l’extradition sans condition nous amène à conclure que le fait d’ordonner l’extradition des intimés sans obtenir la garantie que la peine de mort ne leur sera pas infligée violerait les principes de justice fondamentale.

123

124

- 125 The Minister has not pointed to any public purpose that would be served by extradition without assurances that is not substantially served by extradition with assurances, carrying as it does in this case the prospect on conviction of life imprisonment without release or parole. With assurances, the respondents will be extradited and be made answerable to the legal system where the murders took place. The evidence shows that on previous occasions when assurances have been requested of foreign states they have been forthcoming without exception. (See, for example, Ministerial Decision in the Matter of the Extradition of Lee Robert O'Bomsawin, December 9, 1991; Ministerial Decision in the Matter of the Extradition of Rodolfo Pacificador, October 19, 1996.) There is no basis in the record to support the hypothesis, and counsel for the Minister did not advance it, that the United States would prefer no extradition at all to extradition with assurances. Under Washington State law it by no means follows that the prosecutor will seek the death penalty if the respondents are extradited to face charges of aggravated first degree murder.
- La ministre n'a fait état d'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition des intimés sans les assurances prévues et que ne servirait pas également de façon substantielle leur extradition assortie de ces assurances, mesure qui, en cas de déclaration de culpabilité des intimés, pourrait leur valoir l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. Si les assurances prévues sont données, les intimés seront extradés et devront répondre de leurs actes devant le système juridique du lieu où les meurtres ont été commis. La preuve indique que, lorsque des assurances ont été demandées à des États étrangers par le passé, elles ont été données dans tous les cas sans exception. (Voir, par exemple, la décision ministérielle concernant l'extradition de Lee Robert O'Bomsawin, le 9 décembre 1991, et celle concernant l'extradition de Rodolfo Pacificador, le 19 octobre 1996.) Il n'y a au dossier aucun élément étayant la thèse — que n'a pas avancée l'avocat de la ministre — selon laquelle les États-Unis préféreraient qu'il n'y ait pas d'extradition plutôt qu'une extradition assortie des assurances prévues. Selon le droit en vigueur dans l'État de Washington, il ne s'ensuit pas nécessairement que la poursuite sollicitera la peine capitale si les intimés sont extradés afin d'être jugés pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes.
- 126 It is true that if assurances are requested, the respondents will not face the same punishment regime that is generally applicable to crimes committed in Washington State, but the reality is that Washington requires the assistance of Canada to bring the respondents to justice. Assurances are not sought out of regard for the respondents, but out of regard for the principles that have historically guided this country's criminal justice system and are presently reflected in its international stance on capital punishment.
- Il est vrai que, si des assurances sont demandées, les intimés ne seront pas passibles des mêmes peines que celles généralement applicables à l'égard des crimes commis dans l'État de Washington, mais le fait est que cet État demande au Canada de l'aider à traduire les intimés en justice. Les assurances ne sont pas demandées par considération pour les intimés, mais plutôt par respect des principes qui ont historiquement guidé le système de justice criminelle de notre pays et qui se reflètent présentement dans la position qu'il préconise sur la scène internationale à l'égard de la peine capitale.
- 127 International experience, particularly in the past decade, has shown the death penalty to raise many complex problems of both a philosophic and pragmatic nature. While there remains the fundamental
- L'expérience à l'échelle internationale, particulièrement au cours de la dernière décennie, révèle que la peine de mort soulève nombre de problèmes complexes, tant de nature philosophique que prag-

issue of whether the state can ever be justified in taking the life of a human being within its power, the present debate goes beyond arguments over the effectiveness of deterrence and the appropriateness of vengeance and retribution. It strikes at the very ability of the criminal justice system to obtain a uniformly correct result even where death hangs in the balance.

International experience thus confirms the validity of concerns expressed in the Canadian Parliament about capital punishment. It also shows that a rule requiring that assurances be obtained prior to extradition in death penalty cases not only accords with Canada's principled advocacy on the international level, but is also consistent with the practice of other countries with whom Canada generally invites comparison, apart from the retentionist jurisdictions in the United States.

The "balancing process" mandated by *Kindler* and *Ng* remains a flexible instrument. The difficulty in this case is that the Minister proposes to send the respondents without assurances into the death penalty controversy at a time when the legal system of the requesting country is under such sustained and authoritative internal attack. Although rumblings of this controversy in Canada, the United States and the United Kingdom pre-dated *Kindler* and *Ng*, the concern has grown greatly in depth and detailed proof in the intervening years. The imposition of a moratorium (*de facto* or otherwise) in some of the retentionist states of the United States attests to this concern, but a moratorium itself is not conclusive, any more than the lifting of a moratorium would be. What is important is the recognition that despite the best efforts of all concerned, the judicial system is and will

matique. Bien que la question fondamentale de savoir si l'État pourra jamais justifier d'enlever la vie à un être humain assujetti à son pouvoir n'ait pas encore été tranchée, le présent débat déborde le cadre des arguments sur l'efficacité de la dissuasion et le caractère approprié de la vengeance et du châtement. Il touche à la capacité même du système de justice criminelle d'arriver uniformément au bon résultat, même lorsque la vie du contrevenant est en jeu.

L'expérience à l'échelle internationale confirme donc la validité des inquiétudes exprimées au sein du Parlement canadien au sujet de la peine capitale. Elle montre également que la règle exigeant l'obtention d'assurances préalablement à l'extradition dans les affaires de peine de mort est compatible non seulement avec la position de principe défendue par le Canada sur la scène internationale, mais également avec la pratique observée dans d'autres pays auxquels on compare généralement le Canada, exception faite des États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis.

Le « processus de pondération » requis par les arrêts *Kindler* et *Ng* demeure un instrument souple. La difficulté que soulève la démarche de la ministre en l'espèce vient du fait qu'elle se propose d'extrader les intimés sans les assurances prévues, en pleine controverse au sujet de la peine de mort, à un moment où le système juridique de l'État requérant est contesté à l'interne de façon sérieuse et soutenue. Bien que les premiers signes de cette controverse au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni soient antérieurs aux arrêts *Kindler* et *Ng*, cette préoccupation, tout comme la preuve y afférente, a pris considérablement d'ampleur au cours des années qui se sont écoulées depuis. L'imposition d'un moratoire (*de facto* ou autrement) dans certains États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis témoigne de l'existence de cette préoccupation, mais la présence d'un moratoire n'est pas concluante, pas plus que ne le serait la levée d'un tel moratoire. Ce qu'il importe de reconnaître, c'est que malgré toute la bonne volonté des personnes concernées, le système judiciaire est et demeurera faillible et ses décisions

128

129

remain fallible and reversible whereas the death penalty will forever remain final and irreversible.

révocables, alors que la peine de mort aura toujours un caractère définitif et irréversible.

130 The arguments in favour of extradition without assurances would be as well served by extradition with assurances. There was no convincing argument that exposure of the respondents to death in prison by execution advances Canada's public interest in a way that the alternative, eventual death in prison by natural causes, would not. This is perhaps corroborated by the fact that other abolitionist countries do not, in general, extradite without assurances.

L'extradition assortie des assurances prévues répond tout aussi bien que l'extradition sans ces assurances aux préoccupations exprimées dans les arguments favorables à cette seconde solution. Il n'a été présenté aucun argument établissant de façon convaincante que le fait d'exposer les intimés à la peine de mort par exécution dans une prison favoriserait l'intérêt général du Canada d'une façon que ne favoriserait pas la solution de rechange, soit leur mort éventuelle en prison par suite de causes naturelles. D'ailleurs, ce point est peut-être corroboré par le fait que d'autres pays abolitionnistes n'extradent généralement pas les personnes recherchées sans requérir les assurances prévues.

131 The arguments against extradition without assurances have grown stronger since this Court decided *Kindler* and *Ng* in 1991. Canada is now abolitionist for all crimes, even those in the military field. The international trend against the death penalty has become clearer. The death penalty controversies in the requesting State — the United States — are based on pragmatic, hard-headed concerns about wrongful convictions. None of these factors is conclusive, but taken together they tilt the s. 7 balance against extradition without assurances.

Les arguments défavorables à l'extradition sans les assurances prévues sont de plus en plus convaincants depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Kindler* et *Ng* en 1991. Le Canada a maintenant aboli la peine de mort pour tous les crimes, même dans le domaine militaire. La tendance internationale en faveur de l'abolition de la peine de mort se dessine de plus en plus clairement. Les controverses que suscite présentement la peine de mort dans l'État requérant — les États-Unis — reposent sur des considérations logiques et pragmatiques à l'égard des déclarations de culpabilité erronées. Aucun de ces facteurs n'est à lui seul concluant, mais considérés ensemble, dans le cadre de la pondération fondée sur l'art. 7, ils font pencher la balance en faveur du rejet de l'extradition sans les assurances prévues.

132 Accordingly, we find that the Minister's decision to decline to request the assurances of the State of Washington that the death penalty will not be imposed on the respondents as a condition of their extradition, violates their rights under s. 7 of the *Charter*.

En conséquence, nous jugeons que la décision de la ministre de refuser de demander à l'État de Washington, comme condition d'extradition des intimés, qu'il lui garantisse que la peine de mort ne leur sera pas infligée, viole les droits garantis aux intimés par l'art. 7 de la *Charte*.

13. *Extradition of the Respondents Without Assurances Cannot Be Justified Under Section 1 of the Charter*

The final issue is whether the Minister has shown that the violation of the respondents' s. 7 rights that would occur if they were extradited to face the death penalty can be upheld under s. 1 of the *Charter* as reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. The Court has previously noted that it would be rare for a violation of the fundamental principles of justice to be justifiable under s. 1: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518. Nevertheless, we do not foreclose the possibility that there may be situations where the Minister's objectives are so pressing, and where there is no other way to achieve those objectives other than through extradition without assurances, that a violation might be justified. In this case, we find no such justification.

The Minister must show that the refusal to ask for assurances serves a pressing and substantial purpose; that the refusal is likely to achieve that purpose and does not go further than necessary; and that the effect of unconditional extradition does not outweigh the importance of the objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In our opinion, while the government objective of advancing mutual assistance in the fight against crime is entirely legitimate, the Minister has not shown that extraditing the respondents to face the death penalty without assurances is necessary to achieve that objective.

The Minister cites two important policies that are integral to Canada's mutual assistance objectives, namely, (1) maintenance of comity with cooperating states; and (2) avoiding an influx to Canada of persons charged with murder in retentionist states for the purpose of avoiding the death penalty.

13. *L'extradition des intimés sans les assurances prévues ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la Charte*

La dernière question litigieuse que notre Cour doit trancher est celle de savoir si la ministre a établi que la violation des droits garantis aux intimés par l'art. 7 qu'entraînerait leur extradition vers un pays où ils risquent la peine de mort peut être justifiée, au regard de l'article premier de la *Charte*, en tant que mesure raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par le passé, la Cour a souligné qu'il arrivera rarement qu'une violation des principes de justice fondamentale puisse être justifiée au regard de l'article premier : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 518. Néanmoins, nous n'écartons pas la possibilité qu'il survienne des situations où — du fait que les objectifs du ministre sont tellement urgents et qu'il n'y a pas d'autre moyen de les réaliser qu'en extradant l'intéressé sans obtenir les assurances prévues — une telle violation puisse être justifiée. En l'espèce, nous estimons qu'une telle justification n'existe pas.

La ministre doit démontrer que le refus de solliciter les assurances prévues sert un objectif urgent et réel, que ce refus permettra vraisemblablement de réaliser cet objectif et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire et que l'effet de l'extradition sans condition ne l'emporte pas sur l'importance de l'objectif : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À notre avis, bien que l'objectif poursuivi par le gouvernement, c'est-à-dire soutenir l'entraide dans la lutte contre le crime, soit tout à fait légitime, la ministre n'a pas établi que l'extradition des intimés sans les assurances prévues vers un pays où ils risquent la peine de mort soit nécessaire pour réaliser cet objectif.

La ministre invoque deux importantes politiques qui font partie intégrante des objectifs du Canada en matière d'entraide : (1) le maintien de la courtoisie envers les États qui coopèrent; (2) la volonté d'éviter l'afflux au Canada de personnes qui sont accusées de meurtre dans des États où elles risquent la peine de mort et qui viendraient ici afin d'éviter cette peine.

133

134

135

136 With respect to the argument on comity, there is no doubt that it is important for Canada to maintain good relations with other states. However, the Minister has not shown that the means chosen to further that objective in this case — the refusal to ask for assurances that the death penalty will not be exacted — is necessary to further that objective. There is no suggestion in the evidence that asking for assurances would undermine Canada's international obligations or good relations with neighbouring states. The extradition treaty between Canada and the United States explicitly provides for a request for assurances and Canada would be in full compliance with its international obligations by making it. More and more states are becoming abolitionist and reserving to themselves the right to refuse to extradite unconditionally, as already mentioned.

En ce qui concerne l'argument portant sur la courtoisie, il ne fait aucun doute qu'il est important pour le Canada de maintenir de bonnes relations avec d'autres États. Cependant, la ministre n'a pas établi que le moyen choisi en l'espèce pour réaliser cet objectif — soit le refus de demander la garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée — est nécessaire à cette fin. Rien dans la preuve ne tend à indiquer que le fait de demander cette garantie nuirait au respect par le Canada de ses obligations internationales ou aux bonnes relations qu'il entretient avec des États voisins. Le traité d'extradition que le Canada et les États-Unis ont conclu pourvoit explicitement à la présentation de telles demandes et le Canada respecterait pleinement ses obligations internationales s'il en présentait une en l'espèce. Comme il a été mentionné plus tôt, de plus en plus d'États abolissent la peine de mort et se réservent le droit de refuser d'accéder sans conditions aux demandes d'extradition.

137 In *Soering, supra*, the European Court of Human Rights held that, in the circumstances of that case, extradition of a West German national from the United Kingdom to face possible execution in the United States would violate the European Convention on Human Rights. West Germany was willing to try Soering in Germany on the basis of his nationality. The European Court ruled that the option of a trial of Soering in West Germany was a "circumstance of relevance for the overall assessment under Article 3 in that it goes to the search for the requisite fair balance of interests and to the proportionality of the contested extradition decision in the particular case" (para. 110) and that "[a] further consideration of relevance is that in the particular instance the legitimate purpose of extradition could be achieved by another means which would not involve suffering of such exceptional intensity or duration" (para. 111). By "another means", the court had in mind the trial of Soering in West Germany. In the present appeal as well, "the legitimate purpose of extradition could be achieved by another means", namely extradition

Dans l'arrêt *Soering*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, dans les circonstances de cette affaire, l'extradition d'un ressortissant de l'Allemagne de l'Ouest du Royaume-Uni vers les États-Unis, où il risquait l'exécution, violerait la Convention européenne des droits de l'homme. L'Allemagne de l'Ouest était disposée à juger Soering en Allemagne sur le fondement de sa nationalité. La Cour européenne a estimé, d'une part, que la possibilité de juger Soering en Allemagne de l'Ouest constituait une « circonstance pertinente pour l'appréciation d'ensemble sur le terrain de l'article 3 : elle concerne le juste équilibre à ménager entre les intérêts en jeu, ainsi que la proportionnalité de la décision litigieuse d'extradition » (par. 110), et, d'autre part, que « [l]'existence, en l'espèce, d'un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition, sans entraîner pour autant de souffrances d'une intensité ou durée aussi exceptionnelles, représente une considération pertinente » (par. 111). Par « autre moyen », la cour entendait le fait de juger Soering en Allemagne de l'Ouest. Dans le présent pourvoi également, il existe « un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition », ce moyen est l'extradition assortie des assurances prévues, qui est

with assurances, in perfect conformity with Canada's commitment to international comity.

We have already addressed the speculative argument that an American government might prefer to let accused persons go without trial by refusing to give assurances. As European states now routinely request assurances that the death penalty will not be imposed on an extradited person, there is little indication that U.S. governments would ever refuse such guarantees. A state seeking to prosecute a serious crime is unlikely to decide that if it cannot impose the ultimate sanction — the death penalty — it will not prosecute at all. Seeking assurances that the death penalty will not be imposed does not amount to asking for lawlessness.

An issue could also arise where a treaty did not contain an assurance clause equivalent to Article 6 of the Canada-U.S. treaty. The argument would then be raised that the Canadian government violated the s. 7 rights of fugitives by failing to insist on such a provision. That issue is not raised by the facts of this case and we leave consideration of the point to an appeal where it is fully argued.

As noted, the Minister's second argument is that it is necessary to refuse to ask for assurances in order to prevent an influx to Canada of persons who commit crimes sanctioned by the death penalty in other states. This in turn would make Canada an attractive haven for persons committing murders in retentionist states. The "safe haven" argument might qualify as a pressing and substantial objective. Indeed, it was accepted as such in *Kindler, supra*, by both La Forest J. (at p. 836) and McLachlin J. (at p. 853).

International criminal law enforcement including the need to ensure that Canada does not

parfaitement compatible avec les engagements du Canada en matière de courtoisie internationale.

Nous avons déjà examiné l'argument hypothétique selon lequel le gouvernement américain pourrait refuser de donner des assurances et préférer laisser des accusés éviter un procès. Comme les États européens exigent systématiquement des assurances que la peine de mort ne sera pas infligée à la personne dont on demande l'extradition, il y a peu d'indication que le gouvernement américain refuserait de donner de telles garanties. Il est peu probable que l'État qui désire tenter des poursuites à l'égard d'un crime grave déciderait d'y renoncer complètement s'il ne peut infliger la sanction suprême — soit la peine de mort. Le fait d'exiger des assurances que la peine de mort ne sera pas infligée n'équivaut pas à aller au devant de l'anarchie.

Un problème pourrait également surgir si un traité ne comportait pas une clause de garantie équivalente à l'article 6 du traité Canada-États-Unis. On ferait alors valoir l'argument que, en omettant d'insister pour l'inclusion d'une telle clause, le gouvernement canadien a violé les droits que l'art. 7 garantit aux fugitifs. Comme les faits de la présente affaire ne soulèvent pas cette question, nous l'examinerons dans le cadre d'un pourvoi où elle aura été débattue en profondeur.

Comme il a été souligné, le deuxième argument de la ministre est que, en l'espèce, il est nécessaire de refuser de demander des assurances afin d'éviter l'afflux au Canada de personnes qui commettent des crimes punissables de mort dans d'autres États. Cette situation ferait du Canada un refuge attrayant pour les personnes qui commettent des meurtres dans des États appliquant encore la peine de mort. L'argument du « refuge sûr » pourrait être considéré comme un objectif urgent et réel. De fait, il l'a été par les juges La Forest (p. 836) et McLachlin (p. 853) dans l'arrêt *Kindler*, précité.

L'application du droit criminel à l'échelle internationale, y compris la nécessité de veiller à ce que

138

139

140

141

become a “safe haven” for dangerous fugitives is a very legitimate objective, but there is no evidence whatsoever that extradition to face life in prison without release or parole provides a lesser deterrent to those seeking a “safe haven” than the death penalty, or even that fugitives approach their choice of refuge with such an informed appreciation of tactics. If Canada suffers the prospect of being a haven from time to time for fugitives from the United States, it likely has more to do with geographic proximity than the Minister’s policy on treaty assurances. The evidence as stated is that Ministers of Justice have on at least two occasions (since *Kindler* and *Ng*) refused to extradite without assurances, and no adverse consequences to Canada from those decisions were brought to our attention. The respondents pointed out that “[s]ince the execution by the United States of two Mexican nationals in 1997, Mexican authorities have consistently refused to extradite anyone, nationals or non-nationals, in capital cases without first seeking assurances” (respondents’ factum, at para. 63).

le Canada ne devienne pas un « refuge sûr » pour les fugitifs dangereux, est un objectif très légitime, mais il n’y a absolument aucune preuve que l’extradition d’une personne vers un pays où elle risque l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité d’élargissement ou de libération conditionnelle ait un effet dissuasif moins grand que la peine de mort sur les personnes à la recherche d’un « refuge sûr », ou même que les fugitifs choisissent leur refuge de façon aussi éclairée. Si le Canada est susceptible de constituer à l’occasion un refuge pour des fugitifs en provenance des États-Unis, c’est probablement davantage en raison de la proximité de ce pays que de la politique du ministre relativement aux assurances prévues par le traité. Comme il a été mentionné, la preuve révèle que, à au moins deux reprises (depuis les arrêts *Kindler* et *Ng*), des ministres de la Justice ont refusé d’extrader sans les assurances prévues les personnes qui étaient recherchées, et on ne nous a signalé aucune conséquence défavorable qu’auraient entraînée ces décisions pour le Canada. Les intimés ont souligné que, [TRADUCTION] « [d]epuis l’exécution par les États-Unis de deux ressortissants mexicains en 1997, les autorités du Mexique refusent systématiquement d’extrader quiconque — ressortissant mexicain ou étranger — risque la peine capitale sans d’abord demander des assurances à cet égard » (mémoire des intimés, par. 63).

142 The fact is, however, that whether fugitives are returned to a foreign country to face the death penalty or to face eventual death in prison from natural causes, they are equally prevented from using Canada as a safe haven. Elimination of a “safe haven” depends on vigorous law enforcement rather than on infliction of the death penalty once the fugitive has been removed from the country.

Le fait est, cependant, que peu importe si le fugitif est renvoyé vers un pays étranger où il risque soit la peine de mort soit la mort en prison de causes naturelles, il ne peut, dans un cas comme dans l’autre, utiliser le Canada comme refuge sûr. L’élimination du « refuge sûr » dépend de l’application vigoureuse de la loi plutôt que de l’infliction de la peine de mort une fois que le fugitif a été renvoyé hors du pays.

143 We conclude that the infringement of the respondents’ rights under s. 7 of the *Charter* cannot be justified under s. 1 in this case. The Minister is constitutionally bound to ask for and obtain an assurance that the death penalty will not be imposed as a condition of extradition.

Nous concluons que la violation des droits qui sont garantis aux intimés par l’art. 7 de la *Charte* ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Le ministre est tenu par la Constitution de demander et d’obtenir, comme condition d’extradition, l’assurance que la peine de mort ne sera pas infligée.

VIII. Conclusion

The outcome of this appeal turns on an appreciation of the principles of fundamental justice, which in turn are derived from the basic tenets of our legal system. These basic tenets have not changed since 1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, but their application in particular cases (the “balancing process”) must take note of factual developments in Canada and in relevant foreign jurisdictions. When principles of fundamental justice as established and understood in Canada are applied to these factual developments, many of which are of far-reaching importance in death penalty cases, a balance which tilted in favour of extradition without assurances in *Kindler* and *Ng* now tilts against the constitutionality of such an outcome. For these reasons, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent Burns: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Solicitors for the respondent Rafay: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener Amnesty International: David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the intervener International Centre for Criminal Law & Human Rights: Gowling Lafleur & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association: Pinkofsky & Lockyer, Toronto.

Solicitors for the intervener Washington Association of Criminal Defence Lawyers: Peck & Tammen, Vancouver.

VIII. Conclusion

L'issue du présent pourvoi dépend d'une appréciation des principes de justice fondamentale, qui eux-mêmes découlent des préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ces préceptes fondamentaux n'ont pas changé depuis que les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus en 1991, mais leur application à une affaire donnée (le « processus de pondération ») doit tenir compte des faits nouveaux survenus au Canada et dans des ressorts étrangers pertinents. Si on applique les principes de justice fondamentale — tels qu'ils ont été établis et qu'ils sont interprétés au Canada — à ces faits nouveaux, dont bon nombre ont une portée considérable dans les affaires de peine de mort, la balance, qui penchait en faveur de l'extradition sans les assurances prévues dans les arrêts *Kindler* et *Ng*, penche maintenant en faveur de l'inconstitutionnalité d'un tel résultat. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Burns : Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureurs de l'intimé Rafay : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intervenante Amnistie Internationale : David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant International Centre for Criminal Law & Human Rights : Gowling Lafleur & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Pinkofsky & Lockyer, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Washington Association of Criminal Defence Lawyers : Peck & Tammen, Vancouver.

Solicitors for the intervener Senate of the Republic of Italy: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Sénat de la République italienne: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.